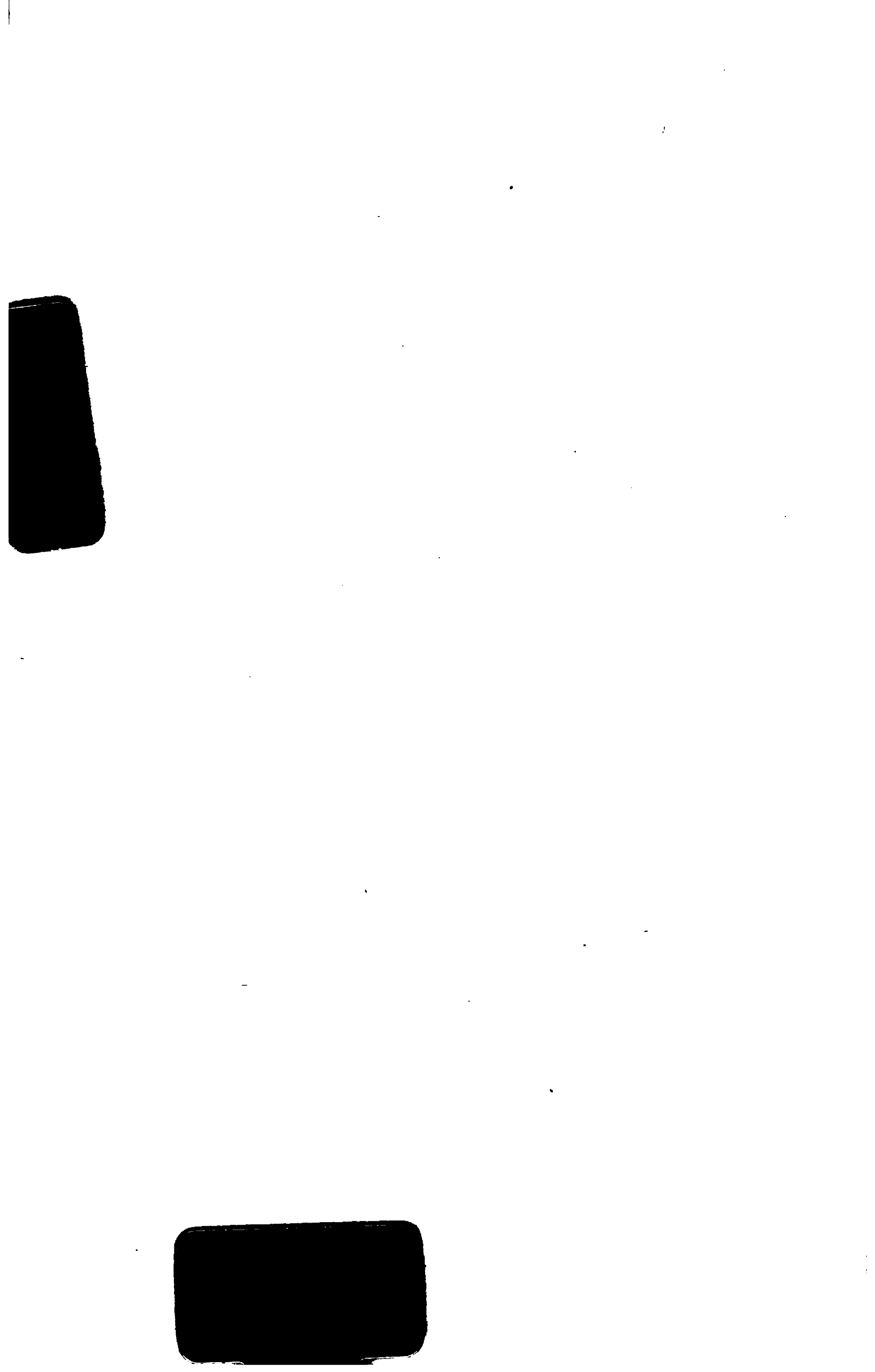


Sprachliches und Sachliches

zum

BGB.

Von

Ernst Immanuel Bekker

Abdruck aus:
Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Herausgegeben von Dr. Ferdinand Regelsberger u. Dr. Victor Ehrenberg,
Professoren an der Universität in Göttingen.
XLIX. 2. F. XIII. Bd.



Jena
Gustav Fischer
1905.

Nachdruck verboten.

I.

Sprachliches und Sachliches zum BGB.

Von Ernst Immanuel Bekker.

Ermächtigung, Cession, Vollmacht, Auftrag, Vertretungsmacht, Botenschaft. — Zugehen, empfangsbedürftige Willenserklärung. — Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis.

Der Wert der römischen Rechtssprache mag häufig überschätzt sein; auf die Einzelheiten ihres Sündenregisters ist hier nicht einzugehen. Veranlaßt zu dem Lobe konnten nur die sich fühlen, die selber auf den Gebrauch einer noch schlechteren angewiesen waren. Auch wir sind in der Gegenwart nicht viel besser daran, und namentlich hat unser BGB. zur Besserung wenig beigetragen, nachdem sowohl die Wechselordnung wie das alte Handelsgesetzbuch mit gutem Beispiel vorangegangen waren; stellenweise hat das neue Gesetzbuch die technische Sprache geradezu verschlechtert, z. B. durch Ausmerzung der Wörter „Tradition“ und „Cession“[1]).

---

1) In der Wechselordnung hat man die traditionellen alten, mit fester Bedeutung verknüpften Ausdrücke: Remittent, Accept, Indossament rc. beibehalten, und jeden Versuch unterlassen sie durch neue deutschtümliche mehrdeutige und minder deutliche Ausdrücke zu ersetzen: hat die Wirksamkeit des Gesetzes darunter gelitten?

Betrachten wir einige seiner Ausdrücke. Zunächst, was ist „Vollmacht"? § 166 bezeichnet sie als eine „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht". Aehnlich hatten schon die Motive in ihr eine „Machtstellung" gesehen. Nach Gradenwitz kommt das Wort überhaupt nicht oft vor; einmal § 1945 wird gesagt, „die Vollmacht muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden"; es ist schwer zu verstehen, wie eine „Macht" einer Erklärung „beigefügt" oder „nachgebracht" werden kann, und gewiß nicht löblich vom Gesetzgeber, die „Vollmachtsurkunde" kurzweg „Vollmacht" zu heißen.

Lenel hat mit vielem Scharfsinn auszuführen gesucht, daß trotz § 167: „die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten", eine Vollmachtserteilung doch allemal erst durch die Benachrichtigung des Dritten, gleichviel wie diese geschehen sei, als perfekt angenommen werden könne. Er hat damit Beifall gefunden, insbesondere bei Hellwig, 33P. 29, der die Analogie der Stellung des Bevollmächtigten im Prozesse heranzieht. Ich könnte zugeben, daß man ein gewisses Rechtsverhältnis, zu dessen Tatbestande die Benachrichtigung des Dritten gehört, in Ermangelung eines besseren auch mit dem Namen „Vollmacht" belegen dürfe, halte es aber für ausgemacht, daß unter „Vollmacht" mit mindestens gleichem Rechte ein anderes Rechtsverhältnis zu verstehen ist, zu dessen Tatbestande die Kenntnis des Dritten nicht gehört. Wir werden hierauf zurückkommen.

Verfügungsgewalt, Disposition denken wir uns als ein Etwas, das normalerweise dem Subjekt (oder Herrn) des Vermögens zusteht. Aber in fast unzähligen Fällen sehen wir dieselbe Gewalt bei Anderen, die zweifellos nicht Subjekte des Vermögens sind. So stehen die Vermögen aller Staaten und

aller anderen öffentlichen Korporationen, desgleichen aller rechtsfähigen Vereine und Stiftungen unter der Verwaltung von Menschen, die Herren dieser Vermögen nicht sind, deren Gläubiger also auch keinerlei Anrecht an diese Vermögen haben. Aehnlich auch bei Individualvermögen, nach den Tatbeständen an welche das Gesetz die Herstellung eines Vertretungsverhältnisses knüpft, so unter Ehegatten, wo elterliche Gewalt besteht, oder die Verwaltung von Vormündern, Pflegern, Nachlaßverwaltern, Testamentsexekutoren, Konkursverwaltern 2c. zu führen ist. Das gleiche Verhältnis aber, Verfügungsgewalt ohne Subjektstellung, kann auch durch freie Akte der Beteiligten (Rechtsgeschäfte) bald über ein ganzes Vermögen, bald über einzelne Stücke eines solchen begründet werden. Hierbei ist zu unterscheiden: die von dem Verfügungsgewaltigen vorzunehmenden Veräußerungen können geschlossen werden auf Namen entweder desjenigen, der ihm die Verfügungsgewalt übertragen hat, oder auf seinen eigenen, und ferner, entweder auf Rechnung des Uebertragenden allein, oder auf gemeinschaftliche Rechnung (z. B. wo einem Gesellschafter die Geschäftsführung der ganzen Gesellschaft zustünde), oder auch zum ausschließlichen Vorteil des Verfügers (A gestattet daß seine Sachen von B verkauft werden und daß dieser den Erlös behält), ein Geschäft, das ebenso „solvendi" wie „credendi" oder „donandi causa" abgeschlossen werden kann.

In diesem Gebiete liegt auch unsere Vollmacht; ihrer näheren Betrachtung mag aber noch ein kleiner Exkurs vorangehen. Eine wenn auch beschränkte Verfügungsgewalt erhält der Oblat über das Vermögen des Offerenten bei jeder vermögensrechtlichen Offerte. Dies tritt wenig deutlich hervor wenn unter Anwesenden verhandelt wird; unter Abwesenden aber kann es keinem Zweifel unterliegen, daß von dem Augenblicke, wo der durch keinen Widerruf behinderte Antrag zur

Kenntnis des anderen Teils gelangt ist, dieser in seiner Hand hat, den Vertrag zustande kommen zu lassen und damit auch über das Vermögen des Gegenteils eine bindende Verfügung zu treffen, oder nicht; erst wenn die Frist zur Abgabe der Annahmeerklärung ungenutzt verstrichen ist, erlischt die Gewalt. Sehr nahe steht dem die Auslobung, die von einer Offerte an Unbestimmt wenig verschieden ist. Verfügungsgewalt über ein Vermögen, das noch nicht das seine ist, freilich nur in der einen Richtung, dieses Vermögen zu dem seinen zu machen, hat nach gemeinem Recht der Delat. Hiervon weicht das Erbrecht des BGB. nicht so weit ab, wie zuweilen angenommen ist: solange der berufene Erbe noch ausschlagen kann, ist die Erbschaft kein Stück seines Vermögens; verfällt er in diesem Stadium dem Konkurse, so kann er noch ausschlagen, der Konkurs ergreift die ausgeschlagene Erbschaft nicht; und überhaupt, hat er ausgeschlagen, so ist er nie Herr der Erbschaft gewesen. Römisches Recht und BGB. geben dem Delaten zunächst nur bedingtes Recht, aber die Bedingung ist dort suspensiv, nach BGB. resolutiv. — Nicht hierherzuziehen aber sind die durch die Annahme des Handwahrehand-Prinzips gegebenen Möglichkeiten, fremde Rechte auf einen Dritten (Gutgläubigen) zu übertragen; die Quasiverfügungsgewalt besteht bei diesen aus bloßem Können ohne entsprechendes rechtliches Dürfen, der Uebertragende ist und bleibt ein „Nichtberechtigter".

Auf die ganze Gruppe der in Rede stehenden Erscheinungen ist in der Literatur früher der Name „Ermächtigungen" angewandt worden; BGB. benutzt dies Wort (vergl. §§ 112, 113, 1321) in einem anderen Sinne, der auch mit Genehmigung oder Gestattung, Bewilligung, Erlaubnis oder sonst Aehnlichem wiederzugeben gewesen wäre, und dem wir nur bei einer erheblich kleineren Gruppe von minder bedeutenden rechtlichen Vorgängen begegnen. Da aber BGB. für das, was wir im

Auge haben, uns auch keinen anderen Namen gibt, ja die Kommissionen den zu bezeichnenden Begriff selber kaum gekannt, und sicherlich in seiner vollen Bedeutung nicht erkannt zu haben scheinen, so wollen wir hier an der alten „Ermächtigung" festhalten. Zugleich mag, wegen des leidigen Doppelsinns, in welchem derartige Wörter im Deutschen gebraucht zu werden pflegen, ausdrücklich gesagt sein, daß unter Ermächtigung hier nur der ermächtigende Vorgang, nicht die aus diesem erwachsende Machtstellung zu verstehen ist, die wir vielmehr Disposition oder Verfügungsgewalt oder -macht heißen werden.

Daß aber BGB. den Begriff unserer Ermächtigung, einer konstitutiven Uebertragung nur eines Rechtsteils, und zwar der Verfügungsgewalt, gleichviel ob diese ganz und ausschließlich auf den Ermächtigten kommt, oder daneben auch dem vorher Alleinberechtigten verbleibt, nicht kennt und benutzt, das hat sich verschiedentlich gerächt. Beispielsweise bei der Cession [2]). Trotz BGB. (§ 398), Reichsgericht, Windscheid [3]) und vielen

2) Ein anderes Beispiel liefern die fiduziarischen Geschäfte, bei welchen die von Schöninger ArchCivPrax. 46, 103 f. beklagten Uebelstände leicht hätten vermieden werden können, wenn wir mit dem Begriff der Ermächtigung korrekt zu operieren gewöhnt wären.

3) Da auch Regelsberger (in dieser Z. 47, 367) hierfür eintritt, so mag dazu kurz noch folgendes über das Cessionsrecht des BGB. bemerkt werden:

1. Nach Abschluß des Vertrages und vor der Kenntnisnahme des Cessus kann der Cedent noch Zahlung empfangen, auch mit Klage erzwingen, und die Forderung rechtsgültig cedieren; mithin steht ihm noch Verfügungsgewalt über die Forderung zu.

2. Da aber seine Gläubiger gleichfalls noch Befriedigung aus derselben Forderung suchen können und seine Erben in seine (des Cedenten) Rechtsstellung nachrücken, so muß die Forderung auch jetzt noch als Stück seines Vermögens gelten. Daß all diese Bestimmungen vornehmlich im Interesse des Cessus getroffen sind, ändert hieran nichts, das ausschlaggebende Dürfen und Können des Cedenten wird dadurch nicht gemindert.

3. Konsequent wird von der gegnerischen Seite dem Cessus, der noch

anderen ist es nicht wahr, daß „mit dem Abschlusse des Vertrags der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers" tritt. Wahr wird dies erst, sobald zu dem Vertragsschlusse noch die entsprechende Benachrichtigung des Cessus oder ein anderes diesem gleich wirksames Tatbestandstück hinzugekommen ist. In der Zwischenzeit hat der Cessionar nur Verfügungsgewalt, nicht das Vollrecht selber; das Vollrecht befindet sich im Zustande einer Schwebe, der Cessionar kann es zu sich herüberziehen, unterläßt er das andauernd, so bleibt

an den Cedenten gezahlt hätte, eine Kondiktion des Gezahlten bewilligt; doch zu Unrecht. Wenn der Cedent Zahlung annimmt auf die Forderung, welche er selber einklagen, vererben und cedieren kann, und an welche auch seine Gläubiger sich zu halten berechtigt sind, so hat er kein Etwas „ohne rechtlichen Grund erlangt". Auch darf man sich nicht mehr auf § 813 berufen: die Einrede existiert noch nicht, was deutlich sich daraus ergibt, daß, wenn nach einer zweiten Cession Cessionar II, vor Cessionar I, denunziert hätte, Cessus gegen die Klage von Cessionar II, keine Einrede besitzt, auch wenn er nachträglich von der ersten Cession gehört hätte. Beiläufig läge wohl eine grobe Inelegανz darin, die Kondiktion zu geben nach freiwilliger Zahlung an den Cedenten und nicht zu geben nach der erzwungenen, auch nicht nach Zahlung an Cessionar II oder die Gläubiger des Cedenten. Bähr (in dieser Z. 1, 351 f.) trägt eine schon für das gemeine Recht bedenkliche, vom BGB. im Prinzip scheinbar angenommene, in den Konsequenzen aber entschieden verleugnete Lehre vor: nach ihm soll die Forderung schon mit dem Abschluß des Cessionsvertrages in das Vermögen des Cessionars gelangen, und unter mehreren Cessionaren die frühere Kundgebung an den Cessus kein Vorrecht des Kundgebenden begründen.

Uebrigens ist zu bemerken, daß der ganze Streit weniger um die Wirkungen als um den Tatbestand der Cession sich bewegt. Gegen den Satz:

„Mit der Cession tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers"

wäre nichts zu erinnern, wenn zugleich gesagt würde, daß die Cession erst mit der Denunziation oder irgend einem Surrogat perfekt werden könnte. Nur wer von dieser Anschauung ausgeht, wird den kolossalen Fortschritt, den der moderne Verkehr durch die Bindung gewisser Forderungen an Papiere gemacht hat, richtig zu würdigen wissen.

das Recht bei dem Cedenten; und auch wenn der Abtretungsvertrag nachträglich aufgehoben werden sollte, so würde das Recht nicht zum Cedenten zurückkehren, sondern lediglich ihm verblieben sein. Dies entspricht bei den an kein Papier gebundenen Forderungen durchweg den Anschauungen des Verkehrslebens, die in den §§ 407 u. 408 Anerkennung gefunden haben. Der alte Gläubiger kann noch Zahlung empfangen, klagen, auch an andere cedieren, und die gleiche Uebertragung könnte durch „gerichtlichen Beschluß" oder „kraft Gesetzes" (sehr schlechter Ausdruck für „kraft anderer vom Gesetz anerkannter Tatsachen") übertragen werden. Wem solche Befugnisse zustehen, dem steht eben noch das Recht zu, wenn nicht das ganze, da ein Teil der Verfügungsgewalt abgegeben und ein Schwebezustand herbeigeführt ist, immerhin aber doch noch ein ansehnlicher und rechtlich bedeutender Teil. Auch soll man durchaus nicht sagen, hier handle es sich wieder um ein Können ohne Dürfen. Der aus dem ersten Abtretungsvertrage Berechtigte kann gute Gründe haben, alles zu unterlassen, wodurch das Geschäft perfekt würde: vielleicht hat er erst erfahren, wie schlecht die Vermögenslage des Cedenten, er will vielleicht aus Anstandsgefühl, vielleicht aus Furcht vor späterer Anfechtung dessen Gläubiger nicht schädigen. Und wenn etwa Erben, oder ein Konkursverwalter, die alle von dem Abtretungsvertrage nichts wissen, die Forderung gegen den Schuldner verfolgen, so handeln sie gewiß nicht widerrechtlich, die von dem Cessionar nicht voll erworbene Forderung bildet noch ein Stück des Vermögens vom Cedenten und gehört deshalb ebenso in die Erbschaft wie zur Konkursmasse. — Da aber BGB. § 398 nicht reine Wahrheit spricht, darum schwebt auch § 413 in der Luft. Bei welchem anderen Rechte wirkt denn der einfache Abtretungsvertrag ebenso wie bei den Forderungen? Nicht derivativ, sondern nur cessionsartig konstitutiv? Es wird schwer

halten aus § 413 eine weitere Wahrheit herauszulesen, als daß auch bei anderen Rechten, falls im Gesetz nicht ausdrücklich anderes verordnet ist, die Uebertragung durch formlosen Vertrag geschehen kann; das würde aber vielleicht auch ohne diesen Paragraphen ebenso anzunehmen sein.

Die Vernachlässigung der „Ermächtigung" in unserem Sinne steht im BGB. nicht vereinzelt, sondern hängt zusammen mit einer gewissen Abneigung mit dem rechtlichen Wesen und den Beziehungen des Vermögens überhaupt sich zu befassen. So wird denn auch bei der Vollmacht, indem man sie als Species der Vertretungsmacht behandelt, nur die persönliche Beziehung des Vertreters zu dem Vertretenen ins Auge gefaßt; über dies nachher noch ein paar Worte. Tatsächlich aber dürfte bei allen Ermächtigungen, und namentlich auch bei der zum Abschluß von Vermögensgeschäften auf fremden Namen, der Kern der Bedeutung in der Beziehung zu dem fremden Vermögen liegen. Allgemein betrachtet scheinen die Ermächtigungen den Zuwendungen parallel zu laufen. Jene bewirken Verschiebungen in der Weise, daß irgend ein Vermögensstück (Vermögensrecht) aus dem einen Vermögen heraus- und in das andere hineintritt. Derartige fertige Verschiebungen bewirken die Ermächtigungen nicht; aber sie bereiten sie vor, sie schaffen, daß andere spätere Ereignisse, welche ohne vorangehende Ermächtigung belanglos geblieben wären, jetzt als Zuwendungen verschiebend wirken. Die Tatbestände der Ermächtigungen sind bald von rechtsgeschäftlicher, bald von anderer Art. Hier interessieren uns nur die ermächtigenden Rechtsgeschäfte. Im Gegensatz zu den Zuwendungen genügen bei ihnen meist einseitige Willenserklärungen (das zur Zuwendung erforderliche zweite Stück soll eben erst nachfolgen); was aber selbstverständlich nicht ausschließt, daß die einfachen Ermächtigungsfolgen, wie beispielsweise bei dem Kauf auf Probe, auch ver-

tragsmäßig festgelegt werden können. Für das in der Zuwendung liegende Aufgeben von Rechten, die man im gewöhnlichen Leben als Annehmlichkeiten zu betrachten gewöhnt ist, brauchen wir einen Grund, und glauben diesen in dem mit der Zuwendung zu erreichenden Zwecke, der causa, zu finden. Die Ermächtigungen brauchen eine solche causa nicht: direkt liegt ihr Zweck in der Möglichmachung der späteren Zuwendungen, indirekt nehmen sie teil an der causa der durch sie ermöglichten Zuwendungen. Nebenbestimmungen lassen sich mit den meisten Ermächtigungen beliebig verbinden. Dagegen ist noch einer Absonderlichkeit zu gedenken: die eine Ermächtigung bewirkenden Willenserklärungen widerstreben regelmäßig der im BGB. § 130 gegebenen Norm, sie treten in Kraft nicht schon mit dem „Zugehen", sondern nur wenn sie zur Kenntnis des Adressaten gelangen. Auch hierauf werden wir noch zurückkommen.

Lassen wir jetzt die in den Offerten liegenden Ermächtigungen beiseite, so bleiben uns vornehmlich zwei große Gruppen: Ermächtigungen zu Verfügungen über fremdes Vermögen auf Namen desjenigen, der Herr dieses Vermögens ist oder als Herr gilt, und Verfügungen auf eigenen Namen und auf Rechnung des Vermögensherrn. Das Produkt einer Ermächtigung jener Art pflegt man „Vollmacht" zu heißen, für das der anderen fehlt ein ähnlich bezeichnender kurzer Ausdruck. Entschieden abzuweisen ist der zuweilen benutzte „Auftrag". Bekanntlich hat das alte Handelsgesetzbuch den Anstoß gegeben, die Begriffe „Antrag", „Auftrag" und „Vollmacht" auseinanderzulegen, und nach den bekannten Ausführungen Labands sind über die Vollmacht wie über den Antrag verhältnismäßig wenig Zweifel verblieben, wogegen der „Auftrag" noch immer in mannigfaltig schillernder Bedeutung umgeht: Tatbestand oder Rechtsverhältnis? Wenn dieses, von welcher Art, kontraktlich

oder nicht? Wenn jenes, Vertrag oder einseitige Erklärung? Und zwar, um ein Rechtsverhältnis zu schaffen, oder solches voraussetzend, oder rechtlicher Bedeutung ganz ermangelnd? Auch das BGB. hat uns hier nur wenig gefördert: in dem „Auftrag“ überschriebenen Titel (§§ 662—676) stoßen wir zuerst auf den Satz:

durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich ....; hier ist „Auftrag“ ersichtlich die Offerte eines Mandatskontrakts, dieselbe Bedeutung ließe sich dann etwa noch für die folgenden Paragraphen, bis einschließlich § 670 festhalten; §§ 671—674 aber, Widerruf, Kündigung und anderes Erlöschen des Auftrags betreffend, wird unter dem Wort nicht der Vorgang, sondern das aus dem fertigen Auftragsvertrage resultierende Rechtsverhältnis verstanden. Die Entschuldigung, daß die Römer in gleicher Weise nicht bloß zwei- sondern vieldeutige Ausdrücke benutzt hätten, reicht für unser Gesetzbuch nicht aus: die instinktive Genialität, die den Römern bei der Rechtsproduktion eigen war, besitzen wir nicht mehr und müssen deshalb alle, Gesetzgeber, Schriftsteller und Praktiker, bestrebt sein, sie durch streng methodische Arbeit zu ersetzen.

Jedem Auftrage liegt das Verlangen zu Grunde, daß ein anderer unseren Wünschen entsprechend handle. Hierin stimmen Auftrag und Antrag miteinander überein; aber während der Antrag als Frage auftritt, erscheint der Auftrag als Gebot, was aber nicht ausschließt, daß gelegentlich der Antrag in der Form des Auftrags („senden Sie mir für soundsoviel dasunddas“), und der Auftrag als Antrag („möchten Sie dasunddas für mich ausrichten?“) erscheint. Von der anderen Seite fordert der Antrag regelmäßig Annahme, der Auftrag Ausführung. Aber auch hier ist ein Tausch möglich, der Antrag kann durch Ausführung (vergl. BGB. § 151), der Auftrag durch Annahme (BGB. § 662) beantwortet werden. Die hieran sich

knüpfenden interessanten Fragen, ob diese Zwischengebilde noch in den Bereich des Vertrags fallen, oder ob vielmehr andere dem Vertrage ähnliche Typen anzunehmen seien, liegen nicht auf unserem Wege.

Bei jedem Auftrage kommen zunächst drei Dinge in Betracht: wie kommt der Auftrag zustande (Auftragserteilung); welches ist das vom Beauftragten geforderte Tun (Inhalt des Auftrags); endlich welches ist die aus der, sei es ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme des Auftrags sich ergebende Gebundenheit des Beauftragten (Rechtsfolge des Auftrags).

Für die Auftragserteilung dürften zwei Regeln gelten. Einmal, daß die wirkende Erklärung an keine Form gebunden ist; mögen einzelne Ausnahmen erfindlich sein, so sind diese doch so selten, daß sie hier unberücksichtigt bleiben dürfen. Zweitens, daß die Erklärung dem Beauftragten nicht bloß „zugehen" (vergl. BGB. § 130), sondern auch zu seiner Kenntnis gelangen muß: wer den erhaltenen Auftrag nicht kennt, vermag ihn nicht auszuführen.

Frei wie die Form ist auch der Inhalt. Auch wenn er gegen Gesetze verstößt, ist darum der Auftrag kein Nichts; nur könnte er den Beauftragten zur Ausführung weder berechtigen noch verpflichten. Dagegen würde er ausgeführt beide Beteiligte, und nicht ausgeführt nach Umständen den Auftraggeber Straffolgen unterwerfen. Im Gebiet des Erlaubten treffen wir den Auftrag in mannigfaltigster Verwendung, zu rechtlich bedeutenden ebenso wie zu indifferenten Zwecken. Auch könnten an sich indifferente Aufträge nachträglich zu rechtlicher Bedeutung gelangen, wenn durch die Nachlässigkeit des Beauftragten Schaden herbeigeführt wird. Uns interessieren hier zumeist die auf Abschluß von Rechtsgeschäften gestellten Aufträge, welche den Auftraggeber mit Dritten in Beziehung bringen

sollen. Entweder der Beauftragte soll lediglich Botendienst leisten, eine fertige schriftliche oder mündliche Erklärung überbringen; oder er soll aus seinem eigenen geistigen Vermögen hinzutun zu der Erklärung, wenig oder viel, er soll neben oder statt des Auftraggebers wollen, und diesem Gewollten auch entsprechenden Ausdruck verleihen. Bedauerlich, daß wir für diese das geschäftliche Wollen des Auftraggebers je nachdem ergänzende oder ersetzende Tätigkeit keinen festen technischen Namen haben: „Stellvertretung"? bei der dann nach den die Verschiedenheit der Folgen bedingenden Tatsachen „direkte" und „indirekte" zu unterscheiden wäre. Wir wollen diese Gebilde nachher noch etwas genauer betrachten.

Für die Rechtsfolgen aber ist neben dem Inhalt des Auftrags auch das Rechtsverhältnis von Bedeutung, das vor und bei der Erteilung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten besteht. Erschwert wird die Besprechung hier wieder durch das BGB., das von diesen Dingen nichts wissen will. Aufträge kommen in der Verkehrswelt tagtäglich unzählige vor, weitaus die meisten unter Menschen, die früher schon zueinander in rechtlich bedeutenden Beziehungen standen. So in den Kreisen der Beamten des Staats, einschließlich Heer und Marine, der Kirche, aller anderen öffentlichen Korporationen; desgleichen auf den unter Privatrecht stehenden Gebieten. Jedes größere geschäftliche Unternehmen, gleichviel wer als Herr zu betrachten, und gleichviel welchen Zwecken, kaufmännischen, industriellen, landwirtschaftlichen rc. es dient, besitzt ein zahlreiches Personal in den verschiedensten Stellungen, und zweifellos wiegt der Auftrag des Vorgesetzten mehr als der unter Gleichgestellten. Auch der einzelne Privatmann steht in familienrechtlichen Beziehungen, er steht in geschäftlichen Beziehungen, hat Domestiken und andere dienstbare Geister. Alle diese Beziehungen, abgesehen von den rein familiären, pflegen durch

Rechtsgeschäfte begründet, von obligatorischem Charakter zu sein. Doch das BGB. kennt sein „Schuldverhältnis“ [4]) (und gerade dieser Name hätte bestens zur Bezeichnung des dauernden gepaßt) nur als Recht „eine Leistung zu fordern“. Hier sind wir auf einen Punkt gelangt, der grellste Beleuchtung verdient; wir wollen uns diese auf ein ander Mal versparen. Nur so viel zur Verdeutlichung: der wirkliche Anspruch auf Leistung ist ein Vermögensstück, gehört als solches in die Konkursmasse und ist der Pfändung ausgesetzt; beides trifft bei der Berechtigung, ein dauerndes Verhalten zu fordern, nicht zu; ähnlich verschieden ist die Verjährung gestaltet. Auch darf man hier nicht an ein umgekehrtes „Roma locuta est“ glauben, mit dem Schweigen des Gesetzes seien diese Dinge abgetan. Was im Verkehrsleben so festen Fuß gefaßt hat, vermag kein Gesetzgeber daraus zu verbannen; vielmehr liegt einzig und allein eine doktrinäre Verkletterung der Gesetzgebung vor, die, solange sie noch besteht, von der Wissenschaft aufzudecken und von der Praxis unschädlich zu machen ist, bis später der Gesetzgeber selber die erforderliche Korrektur vornehmen wird.

Zur Erläuterung aber der Abhängigkeit der rechtlichen Wirksamkeit eines Auftrags von den zu Grunde liegenden Beziehungen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem wollen wir uns einer kleinen Gruppe von Vorgängen zuwenden, bei welcher diese besonders klar hervortritt. Bei den Aufträgen zur Ausführung von Rechtsgeschäften kommen als Rechtsfolgen in Betracht: Stellung des Beauftragten zum Auftraggeber,

---

4) Bei den Römern hat das Vorhandensein einer actio nicht bloß die Bedeutung, bereits vorhandenen oder zugleich mit der actio entstandenen Ansprüchen Klagbarkeit zu verleihen, sondern auch die andere, ein Rechtsverhältnis der Art zu schaffen, daß spätere Tatsachen sofort klagbare Ansprüche begründen; Beispiele: prätorische und andere Kautionalstipulationen und wohl alle Bonäfideiaktionen.

nach angenommenem oder auch schon nach erteiltem Auftrage; Stellung des Beauftragten zum Dritten; Stellung des Auftraggebers zum Dritten. Auf all diese Stellungen üben ihren Einfluß die rechtlichen Beziehungen, die von vornherein zwischen Auftraggeber und dem Dritten bestanden haben. Nach dem BGB. sind „Auftrag" (§ 662—676) und „Anweisung" (§ 783 —792) zwei wesentlich voneinander verschiedene „Schuldverhältnisse". Gleichwohl liegen sie nahe zusammen. Denken wir uns, daß die übrigens ganz nach § 783 hergestellte Urkunde nicht an den Dritten ausgehändigt, sondern von dem Anweisenden direkt dem Angewiesenen zugesandt wäre, oder daß die dem Anweisungsempfänger übergebene Urkunde auf Leistung nicht-vertretbarer Sachen z. B. eines wertvollen Schmuckes lautete, in beiden Fällen haben wir einen „Auftrag" in dem oben definierten Sinne oder, genauer gesprochen, wogegen auch von dem Standpunkte des BGB. nichts zu erinnern sein dürfte, den Antrag (vergl. § 662) eines Mandatskontrakts. Man wird hiernach nicht umhin können, auch in dem technisch „Anweisung" geheißenen Geschäft einen „Auftrag" in unserem Sinne, und einen Antrag der angegebenen Art zu sehen wenn bislang zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten (Anweisenden und Angewiesenen) kein Rechtsverhältnis bestanden hätte, das dem Auftrage andere Bedeutung als die einer Offerte verliehe. Aber die Anweisung ist doch eine Ermächtigung! Worauf zu erwidern, daß jeder Auftrag, welcher von dem Beauftragten zu machende Aufwendungen irgend welcher Art erheischt, eine Ermächtigung in sich schließt. Denn entweder der Beauftragte befindet sich bereits im Besitz von Deckung, dann darf er das entsprechende Quantum aus dem Vermögen des Auftraggebers ohne weiteres in sein eigenes übertragen, oder, falls er keine Deckung in Händen hat, macht er durch die Ausführung des Auftrags (in der eventuell auch die Annahme der

Auftragsofferte läge, vergl. § 151) den Auftraggeber zu seinem Schuldner (§ 670).

Also: die „Anweisung“ ist, ähnlich Tratte, Scheck und Kreditbrief, allemal Auftrag, sie enthält allemal eine Ermächtigung des Beauftragten, und enthält an sich (d. h. abgesehen von dem der Anweisungserteilung zu Grunde liegenden Geschäft, oder wenn dieses etwa Schenkung wäre) keine Berechtigung des Angewiesenen. Aber die Rechtsfolgen des Anweisungsaktes, und überhaupt einer Auftragserteilung, können auch weiter greifen, können den Angewiesenen neben der Ermächtigung zugleich verpflichten, den Anweisungsempfänger berechtigen. Nehmen wir den einfachsten Fall: zwischen A und B (Auftraggeber und Beauftragten) ist vor dem Ergehen des Auftrags, der Ausstellung der Anweisung, ein Vertrag zustande gekommen, durch den B sich dem A gegenüber verpflichtet hat, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, sobald A sie fordere (Auftrag dazu gebe), mag diese Handlung in einer Leistung an einen Dritten, C, bestehen oder anderer Art sein, und falls Leistung an C, mag B zu sofortiger Zahlung oder zunächst zu einem bindenden Versprechen an C sich verpflichtet haben; sobald der in Aussicht genommene Auftrag dem B zugeht (eine Form des Zugehens wäre das Ueberbringen der Anweisung durch den C), so kommt B dem A gegenüber in Verzug, oder kann wenigstens sofort in Verzug gesetzt und dementsprechend angehalten werden, dem A Schadensersatz ꝛc. zu leisten. Der Vertrag zwischen A und B könnte aber auch dahin gehen, daß B nicht bloß dem A gegenüber zur Leistung an C sich verpflichtet hätte, sondern daß auch C dem B gegenüber forderungsberechtigt (§ 328) wäre. Beispielsweise bei dem Kreditbrief muß heutzutage, soweit deutsches Recht gilt, die Möglichkeit anerkannt werden, daß aus grundloser Weigerung des Angewiesenen Zahlung zu leisten nicht nur dem Aussteller,

sondern auch dem Empfänger und Präsentanten des Briefes Klage erwachsen kann.

Der zwischen A und B geschlossene Vertrag könnte aber auch nicht bloß auf ein einzelnes, sondern auf eine ganze Reihe gleichartiger Geschäfte zielen: B verpflichtet sich dem A gegenüber, innerhalb gewisser Grenzen jede Anweisung zu honorieren, jeden Scheck zu zahlen, jeden Wechsel zu acceptieren, überhaupt jeden Auftrag auszuführen. Alles dies unter der Alternative, daß entweder nur der kontrahierende A, oder daß neben diesem, oder wohl gar statt seiner, Dritte forderungsberechtigt werden sollen; auf besondere Fälle, wo diese zweite Möglichkeit ausgeschlossen wäre, haben wir hier nicht näher einzugehen.

Unsere Auftragslehre aber ließe sich nach alledem kurz also zusammenfassen. Die einseitige Erklärung, welche wir „Auftrag" heißen, steht entweder ohne Grundlage, oder auf Grundlage eines vorher begründeten Rechtsverhältnisses. Wenn ohne, so erhält der Auftrag rechtliche Bedeutung nur, falls er angenommen und dadurch zum „Auftragsvertrage" (Mandatskontrakt, vergl. BGB. § 662—676) erhoben wird. Wenn mit, so ergibt sich die überaus mannigfache Wirksamkeit aus dem Ineinandergreifen des Auftrags, seines Inhalts und seiner Grundlage. Daß hierbei recht verschiedene Dinge mit dem einen Wort „Auftrag" bezeichnet werden, ist nicht zu leugnen; etwas besser als wir waren die Römer daran, die neben dem „mandatum" wenigstens noch den „iussus" hatten.

Ganz zweifellos aber ergibt sich, daß „Auftrag" kein brauchbarer Name ist, um dasjenige Machtverhältnis zu bezeichnen, das bald aus Auftrag, bald aus anderen Gründen erwachsen den Ermächtigten befähigt, Rechtsgeschäfte im eigenen Namen auf Rechnung des Ermächtigers zu schließen.

Um aber nicht gezwungen zu sein, länger von einem namenlosen Etwas zu reden, wollen wir zu unserem Privat-

gebrauch hier dafür den Namen „Vollmacht II" verwenden; es dürfte sich zeigen, daß diese und was wir sonst Vollmacht („Vollmacht I") zu heißen gewöhnt sind, nicht allzuweit auseinander liegen; Musterbilder sind der Kommissionär und der Prokurist unseres Handelsrechts. Beide Bevollmächtigte haben Disposition über ein Vermögen das nicht das ihre ist, in bald weiterem bald engerem Umfange. Beide können Stücke des ihrer Verfügung unterstehenden Vermögens veräußern durch eigenen Willensakt; beide können ebenso neue Vermögensstücke hinzuerwerben; die Details, wie das zu geschehen hat, kümmern uns hier nicht. Der Unterschied tritt greifbar hervor, erst wenn der Bevollmächtigte (I oder II) als solcher mit Dritten neue Schuldverhältnisse anknüpft. Hat hierbei der Bevollmächtigte I korrekt gehandelt, so entsteht nur ein gegenseitiges Verhältnis, Forderung und Schuld, zwischen dem Bevollmächtiger und dem Dritten, der Bevollmächtigte (I) wird so wenig berechtigt wie verpflichtet; wogegen aus den Vertragsschlüssen des Bevollmächtigten II, bei ebenso korrekter Handlung, zwei gegenseitige Verhältnisse der Art, zwischen Drittem und Bevollmächtigtem (II) und zwischen diesem Bevollmächtigten und dem Bevollmächtiger ins Leben treten.

Wenden wir uns zum Tatbestande. Bei beiden Bevollmächtigungen genügt wie zu Ermächtigungen überhaupt der Regel nach eine Willenserklärung des Bevollmächtigers, die aber dem zu Bevollmächtigenden nicht bloß „zugehen", sondern auch zur Kenntnis kommen soll. Soviel ist erforderlich und ausreichend.

Nicht erforderlich ist, daß der Bevollmächtigende ein Interesse an der Bevollmächtigung habe, wenngleich solches meist vorhanden sein dürfte. Aber beispielsweise: der Neffe bittet den Onkel brieflich um Geld, Onkel antwortet, daß er augenblicklich selber keines habe, doch gestatte, daß Neffe ein ihm

vom Onkel geliehenes Pferd verkaufe. Daran könnten sich nun die verschiedensten Nebenbestimmungen knüpfen: auf Namen des Onkels, auf Namen des Neffen; nicht unter dem Minimalpreise; Neffe könne den Erlös ganz oder nur zum Teil als Darlehn oder als Geschenk behalten ꝛc. Akademische Frage: wie, wenn der Neffe die freundlichen Absichten des guten Onkels gar nicht erfahren und nun doch auf eigene Faust zu dem Verkaufe geschritten wäre? Vermutlich würde es auch in diesem Falle wohl nicht zum Prozesse kommen, dessen Ausgang aber auch der subtilste Richter doch wohl nicht davon abhängig machen möchte, ob der Bursche des Herrn Leutnants den Brief in Empfang genommen und verschmissen hätte, oder ob das Nichtangekommensein der Post zur Last fiele.

Aehnlich könnte ein Trödelvertrag oder der gemeine, in keinen Spezialtypus wie Kommission oder Sortiment verfallende Auftrag zu kaufen, wie der zu verkaufen, ebensogut ein Geschäft auf Namen, wie ein Geschäft nur auf Rechnung des Auftraggebers bezwecken; wogegen bei den entsprechenden Fällen von Miets- und Vermietungsgeschäften regelmäßig nur Vollmacht I zu benutzen sein dürfte. Dem Freunde konnte ich sagen, kauf das Bild „auf meinen", „auf deinen Namen". Und wenn ich nun hiervon nichts gesagt hätte? Ich meine nach guter Sitte, „uti inter bonos bene agier oportet", werde mein Freund dann die Wahl haben, wie das Geschäft, sei es nach Umständen am günstigsten, oder für ihn am bequemsten geschlossen werden konnte, und ich würde je nachdem dem Bilderhändler oder meinem Freunde gegenüber zahlungspflichtig sein.

Ganz allgemein aber wird man annehmen müssen, daß die Bevollmächtigung I wie die Bevollmächtigung II nicht ausdrücklich zu geschehen braucht, sondern sehr wohl auch als integrierender Teil eines anderen Rechtsgeschäftes unausgesprochen

zur Entstehung gelangen kann. Beispielsweise können als Geschäfte der Art Dienstmiete, Werkvertrag, Auftrag genannt werden. Bei der Ausführung können sich Differenzen ergeben, und es ist anzunehmen, daß durchschnittlich bei der Vollmacht I größere Schwierigkeiten entstehen werden als bei Vollmacht II wegen der bei dem Dritten erforderlichen Kenntnis der Person des Auftraggebers. Im Verkehr verwischen sich diese Verschiedenheiten nicht selten. In einer Berliner Zeitung stand vor Jahren:

In der S.schen Reitbahn stehen drei Pferde des Baron O. gegen Barzahlung zum Verkauf. (Folgt Beschreibung der Rosse und Preisangabe.) Zu besehen täglich von 9 Uhr morgens bis 12.

Unterzeichnet vom Besitzer der Reitbahn. Da die Preise billig waren, fanden sich bald Käufer; abgeschlossen wurden die Verkäufe von dem Stallmeister und dem ersten Bereiter. Kein Mensch frug nach einer Vollmacht. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß weder Käufer noch Verkäufer darüber im klaren waren, ob den Geschäften eine Vollmacht I oder Vollmacht II zu Grunde lag.

Noch ein paar Fälle aus dem Leben. Ich habe eine Köchin; die macht Einkäufe auf dem Wochenmarkt, in der Markthalle, bei Kaufleuten. Selbstverständlich ist zwischen uns von ihrer Bevollmächtigung nie die Rede gewesen; die war mit dem Abschluß des Mietkontrakts richtiger wohl mit dem Zuziehen der Magd gegeben. Aber wie kontrahiert sie jetzt für mich? Man könnte meinen, bald so, bald so: wo die Verkäufer wissen, daß sie bei mir dient, als Bevollmächtigte I, wo sie das nicht wissen, als Bevollmächtigte II. Die Beteiligten selber werden darüber häufig am wenigsten Bescheid wissen, und praktische Folgen der Verschiedenheit kaum je hervortreten. Aehnlich bei den etwas größeren Geschäften, die mein

Diener für mich zu besorgen hat, obschon hier die Wahrscheinlichkeit, daß die Verkäufer die Art der Bevollmächtigung bedenken, und daß die Art auch für die praktischen Folgen bedeutend werden könnte, näher liegt.

Um wieder auf minder Alltägliches zu kommen: im Gebiete des früheren Gemeinen Rechts gehört mir ein Gut, das ich durch einen „selbständigen Inspektor", auch „Administrator" geheißen, bewirtschaften lasse. Der Vertrag ist stets, so auch mit dem jetzigen unter der Herrschaft des BGB., mündlich geschlossen, sehr kurz:

Sie haben sich das Gut angesehen? Auch Ihre Wohnung?
Sie fordern? — Gehalt, Tantiemen, Reitpferd.
Ihre Papiere lauten günstig; also abgemacht. Sie können am 1. Oktober antreten.

Dann folgt noch eine Anzeige auf dem Landratsamt, die aber ohne alle privatrechtliche, nur von polizeilicher Bedeutung ist. Kein Wort über die Bevollmächtigung und die Grenzen seiner Befugnisse; alles erforderliche ergibt sich aus ungeschriebenem dispositiven Recht der Gegend. Hervorzuheben ist hier nur, was dem Zweck dieser Arbeit nahe liegt. Durch die Hand des Mannes gehen im Jahre wohl 30—40000 Mark; auf größeren Gütern über 100000. Er kauft alles, dessen das Gut bedarf, neue Inventarstücke, Kunstdünger ꝛc., verkauft Korn, Rüben, Vieh, Milch, Wolle, auch Steine, deren wir Ueberfluß haben. Er mietet und entläßt das ganze unter ihm stehende Personal, Dorfeingesessene und Wandervolk. Wie kommen nun alle diese Geschäfte zu stande, nach Schema I oder nach Schema II? Zwischen dem Inspektor und mir ist darüber nie ein Wort gewechselt, auch ist mir zweifelhaft, ob er den Unterschied kennt. Ebensowenig wissen die kleineren Geschäftsleute mit denen er verhandelt, und die größeren legen kein Gewicht auf den Unterschied. Unwissend ist auch das

ganze Dienstpersonal, namentlich Mägde und Wanderarbeiter, sie können nicht sagen, ob sie in meinem Dienste stehen oder in dem des Herrn Administrators. Ich weiß, daß ich alle Geschäfte die er innerhalb seines Verfügungsbereichs abgeschlossen als mich bindend anzuerkennen habe; gehen sie nicht auf meinen Namen, so gehen sie doch sicher auf meine Rechnung. Im Landstädtchen kennt alle Welt Herrn Möller als meinen Inspektor, hier werden wohl die Bedingungen, welche das BGB. für Vollmacht I-Geschäfte fordert, annähernd erfüllt werden; kauft M. auswärts auf Märkten und Auktionen, wo weder er noch ich bekannt sind, so muß er auf eigenen Namen abschließen. Aehnlich wohl auch mit den Arbeitern. Mir scheint, als ob vielerorts ein quasiromanistischer Billigkeitsglaube herrschte: uns haftet an erster Stelle der Verwalter, mit dem wir verhandelt haben; zahlt der nicht, so haftet sein Herr. Prozesse, in welchen diese Fragen eine Rolle spielten, sind in unserer Gegend unerhört; sie könnten einen jungen theoretisch wohlgeschulten Richter zur Verzweiflung bringen.

Ich habe den Fall einen nicht alltäglichen genannt, doch gehört er auch keineswegs zu den seltenen. Manche zumal größere Güter werden von selbständigen Inspektoren verwaltet; wo der Herr selber die Oberleitung führt, hat der Unterinspektor einen freilich viel kleineren Geschäftskreis, in diesem aber kaum geringere Bewegungsfreiheit. Dann haben wir aber auch nicht bloß auf den landwirtschaftlichen Betrieb zu sehen: bei den meisten größeren industriellen Unternehmungen finden sich Beamtenstellungen, welche denen unserer selbständigen und unselbständigen Inspektoren sehr nahe kommen, die Unklarheit wird da nicht viel geringer sein.

Die Folgerungen aus dem Angeführten sind zunächst wirtschaftlicher Natur: die Vorschriften des BGB. sind noch nicht überall ins Leben eingedrungen und werden mutmaßlich dies

innerhalb absehbarer Zeiten auch nicht tun. Daraus erwächst dem Leben ein Vorwurf so wenig wie dem Recht. Die steifen Rechtsregeln stehen da, gleichsam als „ultima ratio“, um in bösen Konfliktsfällen Anhalt zu geben. Dem Leben aber passen minder klare Gedanken und nicht scharf ausgeprägte Formen häufig besser, zumal wenn der Verkehr stattfindet unter rechtschaffenen Männern, oder solchen, die unter dem Verluste des Scheins der Rechtschaffenheit und Kulanz selber schwer zu leiden haben würden. Die Beteiligten wissen oft selber nicht Geschäft auf Namen oder auf Rechnung; beim Geschäft auf Namen wird es mit dem Nachweis der Vollmacht oft sehr leicht genommen; der Bevollmächtigte I kann regelmäßig Geschäfte auch auf seinen Namen schließen, der Bevollmächtigte II nur unter Umständen auf Namen des Bevollmächtigers. Darum wird es geraten sein und auch wohl dem herrschenden Brauche entsprechen, die Uebertragungen sehr umfänglicher Verfügungsgewalten durch Erteilung von Vollmacht I sicherzustellen. Aber auch die sog. Spezialvollmachten können unter Umständen erteilt werden, bei denen von der vorschriftsmäßigen Benachrichtigung des Dritten nichts nachzulassen ist.

Wenden wir uns nun zu einigen juristischen Konsequenzen. Zunächst muß die Behauptung Hellwigs (Vertr. a. Leist. a. Dr. 119, ZZP. 29, 530), die bereits Freunde gefunden hat, daß ein Bevollmächtigter I seine Vollmacht nicht kündigen könne, verworfen werden. Warum denn nicht? Sollte der Neffe in dem oben S. 17 berichteten Falle nicht dem Onkel schreiben dürfen: „schönen Dank für Deine freundliche Ermächtigung, verzichte aber darauf, weil ich das erforderliche Geld schon von anderer Seite erhalten habe“? Und noch ein erlebter Fall. Ich selber glaubte gelegentlich für einen Umzug mehr Geld zu brauchen, als ich augenblicklich besaß, und wandte mich an einen Freund, der mir umgehend Scheck auf ein Ver-

liner Bankhaus sandte. Ich habe dann weniger gebraucht, den Scheck verbrannt und dies meinem Freunde mitgeteilt. Ich hätte ebenso eine Anweisung oder eine Vollmachtsurkunde verbrennen können, und wenn mir die gleiche Vollmacht in anderer Form, vielleicht nur mündlich erteilt worden wäre, so stand es auch bei mir sie zu kündigen. Es mag nicht der im Leben am häufigsten vorkommende Fall sein, daß eine Bevollmächtigung als Geschäft für sich auftritt, ganz selten wird er auch nicht sein: jede Einwilligung zu einem auf den Namen des Einwilligenden zu schließenden Geschäfts ist Vollmachtserteilung, sie kann von dem Bewilliger angeboten oder von dem Empfänger erbeten, erst auf seine Bitte gewährt (und hier also vertragsmäßig bestellt) sehr wohl auf eigenen Beinen stehen, und dann nach BGB. § 183 widerrufen und nicht minder von der anderen Seite gekündigt werden. Dagegen mag zugegeben werden, daß wo die Vollmachtserteilung nur ein Glied in dem Rahmen eines größeren Geschäfts ist, die Kündigung der Vollmacht mit der Lösung des ganzen Geschäftsnexus, zumal wo dieser ein so loser wie beim Auftrag, zusammenfallen kann. Auf die genauere Untersuchung, bei welchen Geschäften ohne Lösung der ganzen geschäftlichen Verbindung die Vollmacht sich eliminieren ließe, und ob hierbei zu unterscheiden wäre zwischen Fällen, in denen die Erteilung geschehe im Interesse des Bevollmächtigers oder des Bevollmächtigten oder Dritten (z. B. Bestellung eines Zahlungsempfängers, „solutionis causa adiectus") würde uns zu weit führen.

Aber vielleicht wirft Hellwig ein, in den Fällen, auf die ich sehe, liege gar keine wahre Vollmacht vor, diese entstehe für ihn nach Lenel erst mit der Benachrichtigung des Dritten. Dawider zweierlei: zuvörderst ist nicht abzusehen, weshalb der Empfänger einer Einwilligung, nachdem er hiervon den Dritten in Kenntnis gesetzt, ohne einstweilen von der Bevollmächtigung

Gebrauch zu machen und mit dem Dritten zu kontrahieren, nicht befugt sein sollte, an den Bevollmächtiger, oder noch besser an diesen und zugleich an den Dritten zu melden, daß er von seiner Bevollmächtigung keinen Gebrauch machen werde? Sodann aber ist die Lenelsche Behauptung doch auch noch auf ihre Richtigkeit zu prüfen.

Zu dem Ende haben wir uns zunächst über die Bedeutung des Wortes zu verständigen. Für mich ist die Vollmacht (I), was das Wort besagt, wirkliche „Macht", „Vertretungsmacht" wie das BGB. sagt, die Befugnis, über Stücke eines fremden Vermögens, viele oder wenige, zu verfügen, speziell charakterisiert dadurch, daß diese begründet ist durch Rechtsgeschäft (BGB. § 166), und auszuüben normalerweise durch Geschäfte auf fremden Namen d. h. nicht auf den des Bevollbemächtigten, sondern auf den des Bevollmächtigers. Dies entspricht im wesentlichen der alten gemeinrechtlichen Tradition (die nur bisweilen von dem Erfordernis der Begründung durch Rechtsgeschäft absah), und nicht minder den Worten des BGB.:

> § 164: . . . Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zuständigen Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt . . .

und kann auch von Hellwig kaum verleugnet werden, wenn er prüft, ob die Vollmacht gekündigt werden kann. In ihrem Wesen, Verfügungsmacht über ein Vermögen, das nicht des Verfügenden ist, nicht seinen Gläubigern haftet, nicht auf seine Erben sich vererbt, kommt also die Vollmacht überein mit der Macht der Organe von Staat, Kirche, anderen öffentlichen und privaten rechtsfähigen Vereinen, desgleichen Stiftungen und mit der Macht der sog. gesetzlichen Vertreter jeglicher Art; nur die Begründungsakte sind verschieden. Bei der Vollmacht stets ein Rechtsgeschäft, „Erteilung der Vollmacht" (BGB. § 167). Selbstverständlich ist von diesem Begründungsakte dann wieder

verschieden jeder Ausübungsakt der einmal erteilten Vollmacht. Zu diesen Ausübungsakten ist des weiteren erforderlich ein Dritter, der mit dem ihm nicht gegenüberstehenden Bevollmächtiger, nicht mit dem ihm gegenüberstehenden Bevollmächtigten kontrahieren will, und daher (wieder normalerweise) um das Bestehen der Vollmacht wissen muß.

Von ganz anderen Grundlagen aber geht Lenel aus. Er fragt S. 13, 14: „Was ist Vollmacht? . . . . Ein Vertrag zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem? Eine einseitige Erklärung? und wenn letzteres, an wen richtet sich diese einseitige Erklärung? an den Bevollmächtigten oder an den Dritten, mit dem dieser kontrahieren soll?" Dies ist die Basis der Abhandlung, die darauf zielt die Vollmacht als Erklärung des Bevollmächtigenden an den Dritten nachzuweisen, und hieraus praktische Konsequenzen zu entwickeln.

Lenels Aufstellungen erinnern an die Behauptung, daß der Prozeß ein Rechtsverhältnis sei. Wird hier der Name, der stets einen Vorgang bezeichnet hat und nach aller Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft bezeichnen wird, übertragen auf die rechtlichen Folgen dieses Vorgangs, so überträgt Lenel umgekehrt den Namen der Rechtsfolge auf den Vorgang. Auch die Römer haben bisweilen, ich erinnere an „obligatio" und „possessio", Ursache und Folge, Tatbestand und dessen rechtlichen Effekt mit demselben Namen bezeichnet, „vestigia terrent". Immer liegt die Gefahr nahe, daß mit den Namen auch die Begriffe ineinanderfließen, und gewiß wird die Aufgabe zwei so nahe aneinandergrenzende Dinge wie Ursache und Folge, beide für sich scharf und klar auszudenken, erheblich erschwert, wenn man zur Bezeichnung beider einen und denselben Ausdruck zu benutzen gezwungen wird. Bei Lenel aber kommt noch eins hinzu: er bezeichnet nicht bloß Tatbestände mit dem für die Rechtsfolgen gebräuchlichen Namen,

sondern hält auch die Tatbestände der Vollmachtserteilung (Geschäft mit dem Bevollmächtiger) und der Vollmachtsbenutzung (Geschäft mit dem Dritten) nicht genügend auseinander[5]).

Kommen wir Leneln soweit entgegen, daß unter „Vollmacht" gelegentlich auch nicht bloß die Macht, das Rechtsverhältnis, sondern auch eine rechtlich relevante Tatsache[6]) verstanden werden könne, so wünschen wir doch zu erfahren, ob dies die Tatsache der Machterzeugung, oder die der Machtbenutzung sein solle. Der Machterzeugung? Damit träte Lenel in Widerspruch nicht bloß zum BGB. § 167, sondern auch zum Handelsgesetzbuch und allem bisherigen Brauche, und um nur einen statt aller zu nennen, der Prokurist wäre vor Erklärung an den Dritten noch kein Bevollmächtigter. Also zur Machtbenutzung? Aber die zu benutzende Macht müßte doch schon vorhanden, also vor der Benachrichtigung des Dritten entstanden sein, was Lenel eben leugnet. Zudem ist es auch nicht richtig, daß allemal die Benutzung eine Benachrichtigung des Dritten, ausgehend entweder von dem Bevollmächtiger

5) Sehr charakteristisch ist das S. 15 Gesagte: Die Vollmacht zu einer Offerte, einer Acceptation, einer Kündigung ꝛc. bildet selbst ein integrierendes Stück dieser rechtsgeschäftlichen Erklärungen und teilt daher deren juristische Natur, und auch eine Vollmacht allgemeinen Inhalts nimmt in konkreter Anwendung den Charakter derjenigen Willenserklärung an, zu der sie hinzutritt. Darum ist notwendig die Vollmacht ein einseitiger Rechtsakt und kein Vertrag .... darum ist ferner die Vollmacht notwendig ein einseitiger Rechtsakt dem Dritten gegenüber: bei den Willenserklärungen, die hier in Frage stehen, muß der Dritte unsere Gesinnung kennen ....; ihm gegenüber also ist dieser Wille, uns die in unserem Namen ergangene Willenserklärung anzueignen, zu erklären.

6) Zweifellos im Leben gebräuchlich und auch leider in unseren Gesetzbüchern nicht ungewöhnlich ist der Gebrauch des Wortes „Vollmacht" für Vollmachtsurkunde. Diese ist das Zeichen einer vorhandenen Vollmacht, als wirkliche Macht, Rechtsverhältnis gedacht; die Herstellung der Urkunde ist bald ein Stück des Bevollmächtigungsaktes, bald die Bescheinigung seiner Vollendung.

oder von dem Bevollmächtigten erfordere, jede Kenntnis des Dritten genügt, gleichviel wie er sie erworben.

Daß die Richtigkeit der Lenelschen Auffassung aus den Quellen, zu denen damals auch der zweite Entwurf unseres BGB.[7]) gehörte, nicht zu erweisen sei, hat er selber erkannt, doch sollten die Konsequenzen in hervorragender Weise den Anforderungen der Praxis entsprechen. Aber gerade von der Beobachtung des praktischen Lebens aus erwachen die lebhaftesten Bedenken. So finden wir auf S. 18 die Behauptung ausgesprochen: „die Vollmacht an sich setzt den Prinzipal in keinerlei Rechtsverhältnis zu dem Vertreter". Das mag ja richtig sein für die Lenelsche Vollmacht, d. h. eine einseitige Erklärung des Prinzipals an den Dritten, von der der Bevollmächtigte gar nichts zu wissen braucht. Es paßt durchaus nicht auf dasjenige, was wir bisher Vollmacht zu nennen uns gewöhnt

---

7) BGB. § 167 steht der Lenelschen Auffassung entgegen; auch hier ist die „Vollmacht" keine Tatsache, sondern wirkliche Macht, und die Tatsache „Erteilung der Vollmacht" erfordert die Mitteilung an den Dritten noch nicht. Wörtlich lautet der Paragraph:

> Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll.

Vorausgesetzt ist hierbei, daß die durch die Erklärung an den Bevollmächtigten begründete Vollmacht zu ihrer Ausübung der Kenntnis des Dritten und des Wollens desselben durch den Bevollmächtigten mit dem Bevollmächtiger zu kontrahieren, wie umgekehrt die durch Erklärung an den Dritten begründete der Kenntnisnahme seitens des Bevollmächtigten und seines Wollens, für den Bevollmächtiger mit dem Dritten zu kontrahieren bedarf. Dazu noch zweierlei: Der Fall, daß der Bevollmächtigte selber erst durch den Dritten Kenntnis seiner Bevollmächtigung erlangt, dürfte im Leben selten vorkommen; sodann, daß wenn die Vollmacht durch Erklärung an den Dritten erteilt würde, sie doch ein wesenloses Etwas verbleiben müßte, bis der zu Bevollmächtigende die Kenntnis von der Erteilung erlangt hätte und zur Uebernahme bereit wäre. Bis dahin eine Macht, deren Benutzung unmöglich, und die auch für Dritte, Gläubiger, Erben des Bevollmächtigten völlig wertlos dastünde.

haben. Mit der Vollmacht und also durch die Vollmachtserteilung, von der der Dritte nichts zu wissen braucht, kommt ein Stück Verfügungsgewalt aus dem Rechtsbereich des Bevollmächtigers in den des Bevollmächtigten, und dieser wird verantwortlich für den Gebrauch, den er von diesem Stücke macht. Jede Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen begründet rechtlich wichtige Beziehungen zwischen dem Verfüger und dem Herrn des Vermögens; ich erinnere an die von einem der angesehensten Juristen ausgesprochenen Besorgnisse, als die Prokurasatzungen in das alte Handelsgesetzbuch aufgenommen worden: nun könne, wer am Abend als Bankier eingeschlafen sei, den anderen Tag als Tabakshändler erwachen.

Lenel[8]) und noch energischer Hellwig berufen sich für

8) Gegen ein Ergebnis der Lenelschen Untersuchungen, die Gleichstellung von Anweisung und Inkassovollmacht, hat neuerdings Tuhr in dieser Z. 48, 1 f. seinen Widerspruch ausführlich begründet. Wenngleich ich nun nicht bloß im Ganzen, sondern auch im Einzelnen (recht zweifelhaft ist mir, daß nach Anm. 3 der Schuldner berechtigt sein soll, zur Sicherung des Beweises seiner Zahlung Aushändigung der Vollmachtsurkunde zu verlangen; gewiß unzulässig, wo die Urkunde die Bevollmächtigung zu verschiedenen Geschäften ergibt, und auch bei engster Beschränktheit der Vollmacht kaum mit BGB. § 175 zu vereinen) auf die Seite Tuhrs treten und namentlich die unter I und II gegebenen Ausführungen billigen möchte, so will ich doch einen Zusatz nicht unterdrücken. Bei den gegen Lenel erwiesenen Verschiedenheiten, wie namentlich, daß die Anweisung auch die noch nicht acceptierte, ein Verkehrspapier ist, die Vollmachtsurkunde aber nicht, muß man Tuhr beistimmen, wenn er den Wunsch ausspricht, daß Anweisung und Inkassovollmacht auch äußerlich leicht kennbar voneinander unterschieden sein sollten. Aber wie? Tuhr meint: bei abstrakter Fassung Anweisung, bei kausaler Vollmacht. Ob dies in die Verkehrspraxis sich wird einbürgern lassen, ist mir zweifelhaft. Wie das BGB., kennt Tuhr „Anweisungen auf Schuld". Sollte nun die Anweisung auf Schuld, die sich selber für das gibt, was sie ist, deshalb des Charakters als „Anweisung" verlustig gehen? Die nächsten Verwandten der Anweisungen sind die Schecks; diese lauten bei uns regelmäßig auf Zahlung „aus meinem Guthaben", was im Kontokorrentverkehr doch als kausale Fassung anzusehen

ihre Lehre auf das Vorbild der Prozeßvollmacht. Sicherlich ist aus dieser für Prokuristen und Ladengehilfen, und überhaupt für das Wesen der Vollmacht (als Macht), deren Bestellung und Benutzung, auch das Verhältnis des Bevollmächtigers zum Bevollmächtigten im allgemeinen wenig zu entnehmen; gleichwohl ist die Heranziehung der Prozeßvollmacht mit Dank anzunehmen. Nicht wegen der versuchten undurchführbaren Gleichstellung, sondern weil gerade die hervortretende Verschiedenheit der prozeßrechtlichen von der Mehrzahl der materiellrechtlichen Vollmachten beachtenswerte Fernblicke erschließt.

Hellwig betont, daß die Vollmachtserklärung denjenigen an welchen sie ergeht, nötige mit dem Bevollmächtigten sich einzulassen. Das mag richtig gedeutet für die Prozeßvollmacht gelten, aber die allgemeine Behauptung

> das ist gerade das zuverlässige Charakteristikum zulässiger Stellvertretung, daß der Gegner die Pflicht hat, sich mit dem Vertreter einzulassen,

ist schlechthin falsch. Wenn der Weinreisende bei mir antritt und Vollmachtsurkunde präsentiert (was ich beiläufig noch nicht erlebt habe), oder wenn (was sehr häufig geschieht) die Handlung den Besuch bei mir angemeldet hätte, bin ich dann verpflichtet, mich auf Geschäfte einzulassen?

Unsere Gegner sehen nur auf eine Gruppe der im Vollmachtsbereich belegenen Geschäfte: derjenigen, die mit Spezialvollmacht, vielleicht nur zu einem Geschäft, zumal zum Eintreiben einer Forderung, geschlossen werden. BGB. berücksichtigt den Gegensatz der speziellen und der generellen Voll-

---

sein dürfte. Vielleicht wäre es zweckmäßig, wenn gesetzlich ein äußerer Unterschied verordnet würde; bis dahin aber dürfte vornehmlich darauf zu sehen sein, ob die Urkunde dem Willen des Ausstellers, seine eigene Macht auf den anderen zu übertragen, genügenden Ausdruck gibt.

macht nicht, und erkennt damit an, daß zwischen beiden keine qualitative, sondern nur eine quantitative Verschiedenheit besteht. Nur da, wo schon vor dem durch den Bevollmächtigten auszuführenden Geschäfte ein verpflichtendes Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtsgeber (als Berechtigtem) und dem Dritten (als Verpflichtetem) bestand, ist auch an eine Verpflichtung des Dritten dem Bevollmächtigten gegenüber zu denken. Mit der Uebertragung der Vertretungsmacht kommt die Befugnis zur Geltendmachung dieses dem Bevollmächtigten an sich fremden Rechts auf unseren Bevollmächtigten, und mit dem Rechte auf der einen Seite entsteht auf der anderen die Verpflichtung, bei gesetzmäßiger Aufforderung an den Bevollmächtigten zu leisten. Da die Leistung in Wirklichkeit eine durch das Medium des Bevollmächtigten an den Bevollmächtiger zu machende und als solche von dem Leistenden gewollte sein soll, so gehört die Kenntnis des Bestehens der Vertretungsmacht zu den Voraussetzungen auf der Seite des Dritten. Diese Kenntnis und der auf ihr beruhende Wille mit dem Vertretenen zu kontrahieren, ist ein Tatbestandsstück des vollmachtsgemäß also in Ausübung erworbener Vollmacht abzuschließenden Geschäfts, auch zu erhebender Zahlung. Wie die Kenntnis erworben worden und ob sie wohlbegründet dasteht oder nicht, ist bei der Zahlung ebenso indifferent, wie bei allen anderen Geschäften; man denke an die Fälle, wo ein Prokurist, die Organe der Aktiengesellschaften oder Vertretungsmächtige ohne Bevollmächtigung, Nachlaß- und Konkursverwalter, Ehemänner, Vormünder ꝛc. auftreten.

Bei weitem fruchtbringender wird die Betrachtung, wenn wir die Prozeßvollmacht erfassen als ein Etwas, dessen Eigenart näher zu prüfen ist. In der Vollmacht liegt die Ermächtigung zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs,

eine Reihe von Befugnissen, die zweifellos im Gebiete der Verfügungsgewalt liegen. Aber gerade diese Befugnisse können dem Bevollmächtigten auch entzogen werden (ZPO. § 83), er bleibt gleichwohl Prozeßbevollmächtigter. Geständnisse und andere tatsächliche Erklärungen können von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden, auch wenn der Erklärende Anwalt der Partei ist (ZPO. § 85). Die Verfügungsgewalt ist hier auf ein Minimum reduziert, erscheint die Partei neben dem Bevollmächtigten vor Gericht, so ist dieser kaum mehr als ihr Sprachrohr. Da liegt dann die Frage nahe, ob die Vertretungsmacht auch ohne alle Verfügungsgewalt vorkommen kann. Viele im täglichen Leben uns begegnende Erscheinungen zwingen zur Bejahung, man denke nur an die Boten verschiedener Art, Erklärungsempfänger, Besitzdiener ꝛc. Halten wir die Begriffe fein säuberlich auseinander:

I. Verfügungsgewalt. B kann über das Vermögen des A, in weiterem oder engerem Umfange, verfügen, d. h. er kann mit dem C Geschäfte schließen, die auf das Vermögen des A mehrend und mindernd gerade so einwirken, wie wenn A selber sie geschlossen hätte; B will und sein Wollen entscheidet über des A Vermögen.

II. Vertretungsmacht. Die Handlung die B als Vertreter des A dem C gegenüber vornimmt, wirkt für A und C ebenso, wie wenn A persönlich die gleiche Handlung dem C gegenüber vorgenommen hätte. Wir haben hier zwei sich schneidende Kreise: in dem beiden gemeinsamen Segmente trifft beides zusammen: der Wille des B entscheidet und die von B vorgenommene Handlung wirkt wie die Handlung des A, mithin zeugt sie rechtliche Beziehungen zwischen A und C, keine zwischen B und C, auch keine zwischen B und A. Das wäre also, wo die Vertretungsmacht selber durch Rechtsgeschäft begründet ist, die „Vollmacht“ des BGB., unsere „Vollmacht I“. Auf der

einen Seite dieses gemeinsamen Stückes aber liegt unsere „Vollmacht II": wieder entscheidet der Wille des B über das Vermögen des A. Aber die Handlung des B erscheint nicht als Handlung des A, hat also auch Nebenwirkungen, welche die Handlung des A nicht gehabt hätte, und begründet rechtliche Beziehungen des B zu C und zu A. Auf der anderen Seite aber liegt nackte Vertretungsbefugnis, der Wille des B vermag rechtlich nichts über das Vermögen des A, aber was B tut, gilt wie von A getan, und soll also, da das Wollen des B ausgeschaltet ist, auch nichts anderes sein als ein mittelbarer Akt des A.

Haben wir nach alledem Vertreter mit und ohne Verfügungsgewalt, und Verfüger mit und ohne Vertretungsbefugnis anzunehmen, so liegt die Frage nahe, ob die Vorschriften des Titels „Vertretung, Vollmacht" des BGB. (§ 164—181) auf alle Arten der Vertretung, oder nur auf die Vertretung mit Verfügungsgewalt zu beziehen seien. Bedenkt man, daß der Ausdruck „Vertretung" im gemeinen Gebrauch wohl eine Beziehung von Person zu Person, aber keine von Person zu Vermögen zu bedeuten pflegt, daß das BGB. hier der Verfügungsgewalt überhaupt nicht gedenkt und ausdrücklich sagt:

> Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt ꝛc.,

so könnte man sich momentan versucht fühlen zu denken, daß mit dem Folgenden alle Vertretungsfälle ihre Regelung erfahren sollten. Doch dürfen wir sicher nicht dabei beharren: schon das Wort „Vertretungs*macht*" konnte stutzig machen, § 165 ist für Nichtverfüger überflüssig, § 166 unverständlich, § 177 und § 181 sehen auch ausschließlich auf Verfügungsberechtigte, auch liegt es außer allem Brauch, Boten und Besitzdienern nicht bloß Aufträge, sondern Vollmachten und Vollmachts-

urkunden auf den Weg zu geben. Völlig ausgeschlossen aber wird jene erste Vermutung, wenn man des weiteren bedenkt, daß die Vollmacht doch nur die eine Art der Vertretungsmacht sein soll, da die andere die gesetzliche Vertretungsmacht zweifellos nirgends ohne Verfügungsgewalt besteht.

Noch eine Bestätigung findet sich in der wesentlich verschiedenen Behandlung der beiden Fälle, wenn ein Bote seine Botschaft falsch ausrichtet (BGB. § 120), und wenn der Vertreter die Grenzen seiner Vertretungsmacht überschreitet. In Ermangelung jeder speziellen Vorschrift für diesen Fall und überhaupt der Unterscheidung von äußeren und inneren Grenzen der Vertretungsmacht im BGB. müssen wir annehmen, daß auch bei jeder Ueberschreitung der inneren, vielleicht dem Dritten unbekannten, Grenzlinie der Vertreter ohne Vollmacht handelt, und also § 177 zur Anwendung kommt. Illustrieren wir dies durch ein Beispiel. Leutnant X hat bei dem Pferdehändler Z in Berlin um einen Gaul gehandelt, fand aber die Forderung zu hoch und ist Tags darauf in seine Garnison Trier zurückgekehrt. Hier trifft er noch seinen Kameraden Y der eben nach Berlin will, und X beauftragt diesen dem Z im Namen des X jetzt mehr als das frühere Gebotene, aber doch noch weniger als das von Z Geforderte und zwar 1500 M. zu bieten. Y nimmt den Auftrag an, und nach wenigen Tagen trifft das Pferd mit dem Stallknecht des Z und mit einer auf 1800 M. gestellten Rechnung bei X ein. Y gibt später zu, dem Z 1800 M. geboten zu haben, er hätte sich den Auftrag des Freundes schriftlich notiert und könne sich dabei verschrieben oder nachher verlesen haben. Hier liegen zwei Möglichkeiten dicht nebeneinander: entweder der Auftrag an Y ging auf Ueberbringung einer neuen Kaufsofferte; dann kommt § 120 zur Anwendung, d. h. das Geschäft gilt auf 1800 M., kann von X angefochten werden, der aber dann Kosten und Gefahr

des Pferdetransports nach Trier und zurück zu tragen und außerdem dem Händler ein negatives Vertragsinteresse, Verschlechterung des Pferdes durch die Reise, entgangenes besseres Gebot während der Zwischenzeit zu ersetzen hätte. Oder Y hat als Bevollmächtigter gehandelt und die Grenzen der Vollmacht überschritten. Die Lage des X ist erheblich besser, es steht durchweg in seinem Belieben, ob das Geschäft mit Z Bestand haben soll oder nicht; wo nicht, muß Z das Pferd auf seine Kosten und Gefahr hin und her reisen lassen, hat auch sonst keinerlei Anspruch wider X und mag sehen, wie er sich seines Schadens an Y erholt. Ein Kuriosum ist hierbei, daß, wenn der Pferdehändler als vorsichtiger Mann irgend eine Bestätigung der Vollmacht des Y erfordert, in welcher aber selbstverständlich nicht der Preis angegeben sein durfte für den Y zu kaufen hatte, er schlecht gefahren wäre, gut dagegen, wenn er einfach die Bestellung des Y als die eines Boten ohne jede Nachprüfung angenommen hätte.

Wir bleiben also dabei: was in dem BGB. unter „Vertretungsmacht und Vollmacht" verordnet ist, das gilt nur für die mit Verfügungsgewalt kombinierte Macht. Hiernach ist erstlich der Grenzlinie nachzugehen, welche die beiden Arten der Vertretung scheidet, und sodann näher zu prüfen, welche jenseits im Felde der nackten Vertretung ohne Verfügungsgewalt belegenen Fälle unserem Rechte geläufig sind, und endlich ob und welche besonderen Rechtsregeln für diese bestehen.

Betreffs der Grenzlinie beschränken wir uns auf die Strecke, welche den Bevollmächtigten von dem Boten, namentlich von dem Spruchboten scheidet. Die Bedeutung gerade dieser Unterscheidung liegt außer dem schon Angeführten (BGB. §§ 120, 177) auch darin, daß BGB. § 166 zweifellos nicht für Boten gilt.

Ausschlaggebend kann sein die Erklärung, welche der Ab-

sender an den Dritten gelangen läßt. Aber diese Erklärung kann auch ganz fehlen, und könnte auch nichtssagend sein. Z. B. Leutnant X hätte an Pferdehändler Z geschrieben: „In den nächsten Tagen wird mein Kamerad Y Sie besuchen und Ihnen meinen letzten Entschluß mitteilen" . . Sehr wahrscheinlich, daß X und Y kein klares Verständnis des Gegensatzes besitzen, wo dann aus dem Wortlaut überall nicht allzuviel zu ersehen sein wird.

Zweitens kann die Erklärung des Vertreters an den Dritten entscheidend sein. Immer muß der Dritte wissen oder annehmen, daß derjenige welcher mit ihm verhandelt Vertreter (gleichviel welcher Art) ist, sonst könnte er nicht durch den Anwesenden mit dem Abwesenden kontrahieren wollen; ob aber durch Boten oder durch Bevollmächtigten kann ihm oft gleichgültig scheinen. Darum wird er sich häufig mit ungenauen Erklärungen („Ich komme im Auftrage der Handlung M." oder ähnlichem) zufrieden geben. Auch könnten die von dem Mittelsmann gegebenen Erklärungen falsch sein. Sagt der Bevollmächtigte, er sei Bote, so hört er darum nicht auf bevollmächtigt zu sein; und liegt die von ihm als nominellem Boten abgegebene Erklärung noch innerhalb der Vollmachtsgrenzeu, so ist sie gültig; fällt sie über jene hinaus, so kommt BGB. § 177 zur Anwendung. Umgekehrt wenn der Bote sich für bevollmächtigt ausgibt. Zweifellos, daß er dadurch Vollmacht nicht erwirbt. Bestellt er trotz jener falschen Angabe den Inhalt der Botschaft richtig, so liegt hier kein Grund vor die Gültigkeit des Geschäfts anzuzweifeln. Bestellt er die Botschaft falsch, so liegt beides vor, der Tatbestand von § 120 und der von § 177. Danach würde ich annehmen: der Vertretene kann nach § 177 genehmigen und dadurch das Geschäft gültig machen, vollgültig; tut er dies nicht, so verfällt er den Vorschriften des § 120.

Auch das unter den Beteiligten vor dem die Vertretungsbefugnis begründenden Akte schon bestehende Rechtsverhältnis könnte nur in vereinzelten Fällen entscheiden; sonst ist anzunehmen, daß ich Gatten und Kinder, Mündel und andere Pflegebefohlene, Domestiken und andere Dienstleute, gute Freunde und gewerbsmäßig tätige Agenten ebensowohl zu Boten wie zu Bevollmächtigten bestellen kann. Somit wird anscheinend keine andere Tatbestandsdifferenz durchgängig sich behaupten lassen, als die in der Bestellung selber belegene: soll der Vertreter nichts zu tun haben als fertige Erklärungen zu überbringen und in Empfang zu nehmen, so ist er Bote; soll er statt oder neben dem Auftraggeber (Besteller) an dem geschäftlichen Wollen beteiligt sein, so daß sein (des Vertreters) Wille über das Zustandekommen des ganzen Geschäfts oder doch über einzelne dahineingehörige Bestimmungen zu entscheiden hat, so ist er Bevollmächtigter.

Um also auf unser altes Beispiel zurückzugreifen: hatte X dem Y gesagt: „kaufen Sie das Pferd für mich für 1500 M.", so war Y Bote, und konnte als solcher das Geschäft zwischen X und Z zum Abschluß bringen; BGB. § 166 käme also nicht zur Anwendung, wenn Y gewisse Fehler des Pferdes sofort erkannt hätte, die X übersehen hatte. Wie aber hätte der Auftrag lauten müssen, um Y zum Bevollmächtigten zu machen? „Kaufen Sie für 1500, aber sehen Sie sich den Gaul vorher an und kaufen Sie nur, wenn Sie überzeugt sind, daß er auch so viel wert ist." Oder: „kaufen Sie für den Preis den Sie für angemessen halten." „Kaufen Sie den Fuchs für 1000, oder den Rappen für 1200, welches Geschäft Sie für günstiger halten." „Kaufen Sie das preiswürdigste (oder das beste) Pferd aus dem Stalle." Je mehr Spielraum, Einfluß auf das Zustandekommen und den Inhalt des Geschäfts dem Vertreter eingeräumt wird, desto fester steht

die Annahme, daß Bevollmächtigung, nicht Botenbestellung, beabsichtigt sei.

Der Kassendiener, der Geld austrägt und Quittungen in Empfang nimmt, ist Bote; was er tut, tut er als Werkzeug (Verwirklichungsmedium) eines fremden Willens. Der Diener, der Gelder einzieht und Quittungen überbringt, desgleichen; auch wenn er befugt wäre selber Quittungen auszustellen, würde sich dies nicht ändern, mit der Quittung bezeugt er nur den Vorgang eines Rechtsgeschäfts und zwar Realakts, an dem er selber lediglich als Werkzeug mitgetan hat. Hiernach haben wir auch in dem Kassierer, dem nichts obliegt als Zahlungen anzunehmen und zu leisten, Quittungen in Empfang zu nehmen und auszustellen, keinen Bevollmächtigten zu sehen. Ja es wird zweifelhaft, ob die bekannte Ladenvorschrift des Handelsgesetzbuchs (§ 56) Vollmacht begründe. Wo feste Preise und Barzahlungen ausnahmslose Regel sind, schwerlich. Noch weniger möchten wir in dem Ueberbringer der quittierten Rechnung einen Bevollmächtigten erblicken; sicher nicht, wo ihm fest geboten ist die zu überbringende Ware nur gegen Barzahlung oder auf alle Fälle hinauszugeben, einigermaßen zweifelhaft, wo dies seinem eigenen Ermessen überlassen wäre, je nach dem Zutrauen das er den Kunden schenkt, zu geben oder nicht.

Noch ein Fall aus dem Leben: eine große Schneiderei schickt zu gewissen Zeiten ihre Zuschneider den bekannteren Kunden in der Stadt, auf dem Lande, auch in benachbarten Städten zu, mit Mustern der neuen Mode, auch mit Stoffproben. Der Gesandte empfiehlt, gibt Rat, schließt das Geschäft ab und schreitet auch gleich, indem er Maß nimmt, zur Ausführung. Da der Preis durchweg feststeht (man spricht gewöhnlich davon gar nicht, handeln gibts nicht), dürfen wir auch in diesen Herren eher Boten als Bevollmächtigte zu sehen haben.

Dagegen hätten wir auch bei ganz minimalen Einkäufen, Papier, Tinte, Zwirn, Nadeln, Streichhölzer, Heftpflaster rc., die wir durch unsere Kinder, Domestiken, Dienstmänner besorgen lassen, die Beauftragten als Bevollmächtigte zu betrachten, sobald ihnen die Wahl des Ladens, Auswahl der zu kaufenden Stücke oder Verabredung des Preises überlassen worden. Doch genug von diesen Dingen, und überhaupt der Vertretung ohne Verfügungsbefugnis; überall durchweg begegnen wir hier einer Fülle von Einzelheiten, die sich nicht summarisch abtun lassen wollen, und deren detaillierte Durchprüfung uns viel zu weit führen würde. Auf eine Frage aber wollen wir noch zurückgreifen, deren nähere Betrachtung neue Einsicht verheißt.

BGB. § 167 und folgende handeln von der Mitteilung der Bevollmächtigung an den Dritten, die normalerweise zu geschehen hat. Mag diese nun direkt von dem Vollmachtgeber an den Dritten erfolgen oder durch den Bevollmächtigten überbracht werden, beidemal fragt sich, wann der Moment der Perfektion, das letzte Stück des die rechtliche Vollwirksamkeit bedingenden Tatbestandes, ins Leben tritt? Mit dem „Zugehen", oder erst wenn die Erklärung zur Kenntnis des Dritten gelangt? Angenommen, sie wäre dem C zugegangen, aber nicht zu seiner Kenntnis gelangt, so bestehen zwei Möglichkeiten: entweder im Laufe der Verhandlungen mit B erfährt C nachträglich, daß B nicht für sich, sondern im Namen des A handelt, dann haben wir von hier das erforderliche Wissen des C anzunehmen; oder C erfährt dies überhaupt nicht, und verbleibt also in dem Glauben mit B auf dessen eigenen Namen zu kontrahieren, dann muß BGB. § 164, 2 durchschlagen, das Geschäft ist zwischen B und C auf deren Namen geschlossen, mag es auf Rechnung des A gehen, unmittelbar ist er weder berechtigt noch verpflichtet. Aber gerade ebenso zweifellos wie dies, ist das andere, daß die Mitteilung der

Bevollmächtigung an den Dritten eine Willenserklärung, „die einem anderen gegenüber abzugeben ist", und daß sie also nach BGB. § 130 in dem Zeitpunkt wirksam werden soll, in welchem sie dem anderen (C) „zugeht". Will man nun nicht, was sicherlich den Gedanken der Entwurfskommission zuwiderliefe, das „Zugehen" als „zur Kenntnis gelangen" ausdeuten, so wird kaum anderes übrig bleiben, als eine Ausnahme von der in § 130 gegebenen Regel anzunehmen.

Da fühlt man sich auf die Frage gestoßen, ob wohl noch andere Ausnahmen gleicher Art erfindlich sein sollten? Und sofort sehen wir diese geradezu massenhaft heranströmen. Niemand kann, wie schon oben bemerkt, einen Antrag annehmen oder ablehnen, den er nicht kennt; niemand einen Auftrag ausführen, der nicht zu seiner Kenntnis gelangt wäre. Aufträge wie Anträge kommen im geschäftlichen Leben so überaus häufig vor, daß sie unter allen Willenserklärungen, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind", wenn nicht schon die Majorität, doch eine respektable Minorität bilden. Wir verzichten deshalb hier darauf nach weiteren Beispielen zu suchen[9]), zumal bei einigen, wie etwa der „Mahnung", ein Entscheid nicht ganz leicht zu treffen sein möchte (wer die Culpa zum Tatbestandsstück der Mora stempelt, wird der zwar zugegangenen, aber nicht zur Kenntnis gelangten Mahnung wenig Beachtung schenken dürfen).

In dem endlosen Streite über den Zeitpunkt der Perfektion der Verträge hat das BGB. sich für die Empfangstheorie entschieden. Aber der Augenblick des Zugehens soll entscheidend nicht bloß für Verträge d. h. für die Annahme-

9) Angeführt hier ist bereits, daß die entscheidende Mitteilung an den Cessus ebenso der Kenntnisnahme bedarf, wie die Bevollmächtigung zur Kenntnis sowohl des Bevollmächtigten wie des dritten Kontrahenten gelangt sein muß.

erklärungen sein, sondern für alle Willenserklärungen, „die einem anderen gegenüber abzugeben" sind. Mit diesem schwerfälligen Ausdruck ist auf eine Verschiedenheit der Willenserklärungen verwiesen, die in der Tat mehr Beachtung verdiente als sie in der Theorie bis dahin gefunden hatte. Auf der einen Seite stehen demnach alle Erklärungen, welche sich nicht an eine bestimmte Person richten; eine bunte Gesellschaft, zu der alle auf Eintragung in unsere öffentlichen Register abzielenden, auch das Ja vor dem Standesbeamten, alle anderen sog. öffentlichen Erklärungen, auch Auslobungen und Aufstellung von Warenlieferungs- oder sonstigen Leistungsautomaten, alle Gesamtakte, Testamente, Stiftungsgeschäfte unter Lebenden, Kreation von Inhaberpapieren, Blankogiro und noch viele andere gehören. Das Gemeinsame aller dieser Erklärungen scheint in der Negative zu liegen, daß der Erfolg des Beabsichtigten sich nicht beschränken soll auf die Beziehungen des Erklärers zu einer bestimmten Person. Schon hieraus ergibt sich für die „gegenüber einem anderen" abzugebenden Erklärungen die Wahrscheinlichkeit, daß bei ihnen stets besondere Interessen des Erklärenden zu dem Anerklärten, sei es ausschließlich oder doch an hervorragender Stelle, in Frage stehen.

Mit allen nicht adressierten Willenserklärungen befaßt das BGB. sich durchgängig nur wenig; für die adressierten aber wird eine Unterscheidung und eine Gleichstellung verordnet, welche beide nicht glücklich gegriffen zu sein scheinen. Einander gegenübergestellt werden „einseitige Rechtsgeschäfte" und „Verträge". Der Gegensatz beruht offenbar nicht darauf, daß hier nur eine, dort mehrere von verschiedenen Personen ausgehende Erklärungen erforderlich sind, denn solchen Mehrheiten der Erklärungen begegnen wir auch bei allen Gesamtakten und überall da, wo der Erklärung des einen die Einwilligung oder die Genehmigung des anderen hinzutreten soll. Eher möchte man

an das eigentümliche Ineinandergreifen von verschiedenen Seiten ausgehender Erklärungen denken, durch welche der schließliche Rechtseffekt herbeigeführt wird. Nun kann aber derselbe Erfolg, der sich durch einseitige Ausübung eines Wahl- oder eines Kündigungs- oder eines Aufrechnungsrechts herbeiführen ließe, auch auf dem Wege gegenseitiger Verständigung nach vorgängiger Beredung, durch wechselweis bindende Zusagen bewirkt werden; einseitige Rechtsgeschäfte und Verträge mit dem gleichen Erfolge. Sollen wir diese auf gegenseitiger Einigung beruhenden Rechtsakte in Beziehung auf die Vornahme durch Minderjährige oder durch Vertreter ohne Vollmacht rc. den Vorschriften für die Verträge, oder denen für einseitige Rechtsgeschäfte unterstellen? Wenn jenes, so wird das entscheidende Gewicht gelegt auf ein Moment, das freundliche Eingehen des Anderen auf das Begehren des Einen, das im Leben sehr häufig vorkommt (schon um es mit guten Freunden, Bekannten oder Kunden nicht zu verderben), und meist sehr geringe Beachtung findet; denn sehr oft werden die Beteiligten selber nach kurzer Zeit nicht mehr genau wissen, bin ich mit meinem Entscheid wie mit der Tür ins Haus gefallen, oder habe ich vermittelnde Worte vorangeschickt, und hat vielleicht schon auf diese mein Widerpart sich eingehend geäußert, oder hat er nur überhaupt keinen Widerspruch erhoben — ein böses Beweiskreuz und das rechte Nest für Meineidsprozesse. Wenn anders, so werden Konsensualakte, die alle Welt bisher unter den Namen der Verträge mitbegriffen, unter die Regeln der „einseitigen Rechtsgeschäfte“ gebracht. Bisweilen freilich könnte es scheinen als ob bei der Abfassung des Textes man nur an die obligatorischen, d. h. die „Obligationen zeugenden Verträge“ gedacht hätte, so beispielsweise im § 110. Aber schon im Obligationenrecht werden wir die übertragenden und erlassenden „Verträge“ nicht aufgeben dürfen, desgleichen nicht in den anderen Abschnitten

unseres bürgerlichen Rechts; oder sollten alle dahin gehörigen Konsensualgeschäfte vielleicht als „Nichtverträge", und deshalb als „einseitige Rechtsgeschäfte" zu behandeln sein? Zu ähnlichen Ergebnissen kommt aber auch wer von der anderen Seite ausgeht. Die „Billigung" nach einem Kauf auf Probe dürfte als einseitiges Geschäft anzusprechen sein. Aber worin unterscheidet sich diese von meiner Annahmeerklärung, wenn mit der Offerte die Ware, etwa ein Pferd, mir gleich ins Haus zugeschickt, und für das Probieren und also für die Erteilung meiner Antwort, ein entsprechend langer Zeitraum bewilligt war? Und kurz gesagt: besteht nicht jeder Vertrag aus zwei einseitigen Rechtsgeschäften?

Hand in Hand aber mit diesen Unterscheidungen, die im Verkehrsleben ihren Boden nicht finden können, geht das Uebersehen der in Wirklichkeit vorhandenen Unterschiede. Antrag und Annahme sind beide einseitige Rechtsgeschäfte, beide Willenserklärungen, doch beide wesentlich verschieden voneinander. Der Antrag kann erfolgen ohne besondere Voraussetzungen, um wirksam zu werden muß er zur Kenntnis des Adressaten gelangen, dann schafft er keinen festen Rechtserfolg, keine Verschiebung eines Vermögensstückes aus dem einen Vermögen in das andere, sondern er gibt nur demjenigen an welchen er sich richtet die Möglichkeit, solche Verschiebung zu erwirken; auch kann eben dieser Erfolg, dieselbe Ermächtigung durch keine anderen Vorgänge herbeigeführt werden als eben durch die Offerte. Alles anders bei der Annahmeerklärung: sie setzt Kenntnis der an den Oblaten gelangten Offerte voraus, sie braucht selber nicht allemal ihren Adressaten, den Absender der Offerte zu erreichen, kann eventuell auch durch andere Vorgänge ersetzt werden, schafft dann aber, wenn sie perfekt geworden, einen neuen und festen Rechtszustand. Sie darf deshalb auch nicht mit Bedingungen verquickt, oder sonst so gestaltet werden,

daß sie statt zu der angestrebten festen Wirkung wieder nur zu schwankenden Möglichkeiten führt, daher der Satz des alten Handelsgesetzbuchs (vergl. BGB. § 150), derartige Annahmeerklärungen hätten nicht als Annahmeerklärungen sondern als Ablehnungen verbunden mit neuer Offerte zu gelten, durchaus den Anforderungen des Lebens entsprach. Vielleicht dürfte sich nachweisen lassen, daß all diejenigen Geschäfte, welche sicheren Anspruch haben der Rubrik „einseitige Rechtsgeschäfte des BGB." unterstellt zu werden, nähere oder fernere Verwandte der Annahmeerklärungen sind, während wieder andere Akte wie namentlich der einseitige Auftrag, in den Verwandtschaftskreis des Antrages gehören. Selbstverständlich, daß diese Frage der gründlichsten Nachprüfung bedarf.

Doch gleichviel von welcher Beschaffenheit er sei, der Unterschied selber läßt sich nicht aus der Welt schaffen. Und wenn das BGB. für jede „Willenserklärung die einem anderen gegenüber abzugeben ist" verordnet, daß sie in dem Zeitpunkte wirksam werde wo sie dem anderen „zugeht", so ist diese Verordnung schlechthin undurchführbar, es sei denn daß man dem Worte „Zugehen" eine protëische Bedeutung beizulegen habe, die gestattet darunter bald dieses bald jenes zu verstehen. Soll aber das „zugehen" in einem festen Gegensatze wenigstens zu dem „Zurkenntnisgelangen" stehen, so kann die Wirksamkeit von Anträgen, Aufträgen und manchen anderen einem Anderen gegenüber abzugebenden Erklärungen nicht schon mit diesem Zugehen beginnen.

Neuerdings hat Titze (diese Z. 47, 379 f.) die Lehre vom Zugehen behandelt, mit dem Resultat, daß das Zugehen in den Augenblick des Besitzerwerbs zu verlegen sei. Die reiche Kasuistik und die korrekte Entwickelung der aus diesem Grundgedanken, insonderheit auch für das Zugehen des Widerrufs, sich ergebenden Konsequenzen machen die Ausführungen auch

dem schätzbar[10]), der sich zu diesem Grundgedanken nicht bekehren kann. Schade daß Titze nicht auch auf die mehr als gemeines Zugehen erfordernden Willenserklärungen hat sehen mögen, mit seinem Fleiße wäre gerade für diese noch viel zu leisten gewesen. Im übrigen kann man ihm nur darin beistimmen, daß die Kommission beabsichtigt hatte, für die sog. Empfangstheorie (die nur leider selber nicht zur Festlegung einer genauen Grenzlinie durchgedrungen war) und gegen die sog. Vernehmungstheorie sich zu entscheiden, daß aber gleichwohl für das geltende Recht zu versuchen sei den Zeitpunkt des „Zugehens" möglichst nahe an den der Kenntnisnahme heranzulegen. Titzens eigene Lösung empfiehlt sich durch ihre Einfachheit, sie überhebt uns der Mühe zwei zweifelsohne nicht klar darliegende Linien (des Zugehens und des Besitzerwerbs) zu studieren, welche stets nahe aneinander laufen, bald sich schneiden, bald zusammenfallen. Gleichwohl bleibt mir die andere, stellenweis auch dem Absender günstigere Auslegung sympathischer. Zugegangen, selbstverständlich nur da wo ein Zurkenntniskommen nicht vonnöten ist:

erstlich, sobald das Dokument in den Besitz des Anerklärten gelangt und diesem diese Tatsache des Besitzerwerbs zum Bewußtsein gekommen (ich habe den Brief, weiß, daß ich ihn habe, habe ihn aber noch nicht erbrochen);

---

10) Recht bedenklich ist mir die S. 389 gegebene Entscheidung, daß, „wenn der Adressat dem Ueberbringer das Schreiben zwar zunächst aus der Hand nimmt, es ihm aber sofort, nachdem er die absendende Stelle erkannt hat, uneröffnet zurückgibt", das „Zugehen" noch nicht erfolgt sein soll; und zwar ebenso nach meinem eigenen wie nach dem von Titze angenommenen Prinzip. Hat er den fraglichen Brief in die Hand genommen und aus dem Briefumschlag den Absender erkennen können, so hat er auch die tatsächliche Gewalt über das Schreiben bereits erlangt, und das schleunige Aufgeben der Gewalt kann die Tatsache des einmal erlangten Besitzes nicht rückgängig machen.

zweitens, sobald seitens des Absenders alles nach gemeiner Regel zur Zustellung Erforderliche geschehen ist, desgleichen seitens des erkorenen Transportmediums, der Erfolg zu I aber aus Gründen, die lediglich in der Person des Adressaten belegen sind („si per eum stetit, quominus"), ausbleibt. Eine Culpa, Absicht oder auch nur Nachlässigkeit, wäre nicht zu erfordern, plötzlich eingetretene Krankheit könnte genügen das Nichtbewußtwerden dem normalen Bewußtwerden gleich wirken zu lassen. Doch wäre hiermit auch der Gedanke Endemanns (vergl. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 1 § 66 Note 23) zu vereinen, daß je nach Umständen auch demjenigen der eine derartige Erklärung zu erwarten hat, die Pflicht aufzuerlegen wäre die Empfangnahme in angemessener Weise vorzubereiten. Auch von dem, der dieser Pflicht nicht entsprochen, müßte das „per eum stetit" gelten. Doch wird auf einen völligen Ausgleich der Meinungen wohl nicht eher zu rechnen sein, bis einmal ein großer Prozeß, einer von den ganz großen (wie Städel, Oppenheim-Weiller, Basler Festungswerke) seinen reinigenden Einfluß geübt haben wird. Oder sollte vielleicht dies verzogene Lieblingskind der Theorie für die Praxis gar nicht die Bedeutung haben, die wir ihm zuschreiben möchten?

Schließlich ist noch eines in der Lehre vom „Zugehen" belegenen wunden Punktes zu gedenken. BGB. § 130 unterscheidet Willenserklärungen „die einem anderen gegenüber abzugeben sind" von allen anderen. Der Gedanke ist gesund, der Ausdruck ungeschickt, und namentlich als Grundlage einer weitergehenden Wortbildung kaum zu brauchen. Dafür haben sich die Ausdrücke „empfangsbedürftige — nicht empfangsbedürftige" Willenserklärungen eingebürgert, deren Schmiegsamkeit wenig zu wünschen läßt. Worte sind Zeichen, und wenn diese Zeichen, an sich brauchbar von aller Welt benutzt werden, was kann da zu rügen sein? Immerhin einiges.

Unsere Sprache steht als System da, und wenn ein neuer Sprachbrauch eingeführt werden soll, muß er sich mit den älteren festgestellten leidlich vertragen. Als die fortschreitende Technik zwei neue Schattierungen des Violett zur Einführung gebracht hatte, konnten diese „Solferino" und „Magenta" getauft werden, sie „Blattgrün" und „Blumengelb" zu heißen wäre unzulässig gewesen. Wie die Erfahrung lehrt, sind derartige unschöne Eindringlinge aus unserer Rechtssprache besonders schwer zu entfernen; von allen Seiten wird geklagt über das „internationale Privatrecht", das jetzt in dem „intertemporalen Privatrecht" eine noch häßlichere Schwester erhalten hat (gibt man den Irrtum Savignys auf, daß jeder Fall nur unter Einem Rechte stehen, sein Recht haben müsse, so war die alte Bezeichnung „Statuten-Kollision", die als „conflict of laws" auch jetzt noch fortlebt, entschieden vorzuziehen); aber niemand hat noch die erforderliche Energie bewiesen Besseres an der Stelle durchzusetzen. Die „empfangsbedürftige Willenserklärung" aber ist genau besehen noch böser: sie sagt das worauf es ankommt nicht, und wirkt geradezu irreleitend.

Das Wort „empfangen" gebrauchen wir in doppeltem Sinne, von aktivem und von passivem Verhalten[11]): „die Stadt hat das siegreiche Heer mit Pomp empfangen" und „das Weib kann auch in der Notzucht empfangen". An die aktive Bedeutung ist hier nicht zu denken; gibt es überhaupt Erklärungen, die einer besonderen Tätigkeit des Adressaten zwecks Empfanges bedürfen, so sind dies sicherlich nicht diejenigen, an welche bei der Abfassung von BGB. § 130 gedacht wurde. Andererseits könnte man sich versucht fühlen in dem Durchdringen zu einem Ziele, und in dem hierin liegenden passiven

11) Wie aus Gradenwitz ersichtlich, kommt das Wort „Empfang" im BGB. sowohl in der rein passiven wie in einer mehr aktiven Bedeutung vor; Beispiele § 108, 2 und 805.

„Empfangenwerden", ein gemeinsames Erfordernis der Wirksamkeit aller Willenserklärungen zu sehen; das eigenhändige Testament das niemand findet, das gerichtlich deponierte das nicht abgeholt wird, bleibt so unwirksam wie ein nicht publiziertes Gesetz. Vielleicht könnte man gar denken, empfangsbedürftig sei, was zur Kenntnis des „Anderen" gelangen müsse, doch gerade dies will § 130 ausschließen. Daß die Erklärung bestimmte Personen, nicht Irgendjemand gleichviel Wen erreichen müsse, sagt der Ausdruck „empfangsbedürftig" nicht.

Er ist also zweifellos nicht genau bezeichnend. Notdürftig könnte man sich hierüber hinwegsetzen, der feststehende Gebrauch habe ihm seine spezielle Bedeutung verliehen. Doch wie gesagt, die Bezeichnung ist auch geradezu falsch, denn das BGB. kennt Willenserklärungen, die niemand zu erreichen brauchen, also gewiß des Empfangs nicht bedürfen, um wirksam zu werden. Denn

1) gibt es, wie wir soeben gesehen, viele Willenserklärungen welche nicht bloß zugehen, sondern überdies auch zur Kenntnis des Adressaten gelangen müssen (Zurkenntnisgelangen ohne „zugehen" dürfte ein schwer zu lösendes Problem sein). Sollen diese des Zugehens und eines weiteren Zurkenntnisgelangens bedürftigen Erklärungen für „nicht empfangsbedürftig" erklärt werden, so bekämen wir „zugehensbedürftige" die zugleich „Empfangs nicht bedürftig" wären, und es schwände damit jede Möglichkeit die Empfangsbedürftigkeit verständlich zu definieren. Heißt man aber die des Zugehens und des Weiteren bedürftigen Erklärungen auch „empfangsbedürftig", so paßt auf sie nicht die Regel des § 130, daß sie schon mit dem bloßen Zugehen perfekt werden. Und

2) kennt das BGB. auch einige Willenserklärungen, bei denen nicht einmal das Zugehen erfordert wird, vielmehr die Absendung genügt, und die also in Wahrheit „nicht empfangsbedürftig" sind.

§ 121: .... Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung rechtzeitig abgesendet worden ist.

Wenn in Plancks Kommentar hierzu bemerkt wird unter 3, dies sei richtig nur, wenn die Anfechtung verspätet, nicht wenn sie überhaupt gar nicht ankomme, so mag dies den in der Kommission vertretenen Anschauungen entsprechen; aber die Kommission war mit keinerlei gesetzgeberischen Befugnissen ausgestattet, Reichstag und Bundesrat brauchten die Gedanken der Kommissionsglieder nicht zu kennen und noch viel weniger mit der Textannahme gutzuheißen, und deshalb sind auch Parteien wie Richter daran nicht gebunden. Könnte aber auch sein, daß der bereits in die „empfangsbedürftige Willenserklärung" hineingewöhnte Kommentarschreiber von gelindem Schauder sich überlaufen fühlte, als er plötzlich eine keines Empfangs bedürftige „empfangsbedürftige Erklärung" vor sich erstanden sah; der Versuch, sie aus der Welt zu tüfteln, lag nahe. Wo aber das Gesetz sagt[12]):

wenn A geschehen ist, gilt B,

da darf niemand herauslesen:

wo A geschehen ist, gilt B bisweilen und gilt bisweilen auch nicht;

---

12) Planck stützt sich darauf, daß die Anfechtung als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft nach § 130 erst wirksam werde, wenn sie dem Gegner zugeht. Aber wie BGB. das Wort „empfangsbedürftig" nicht kennt, so fehlt in § 130 das „erst". Der Paragraph gibt die allgemeine Regel, daß „eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist" (zweifellos gehört die Anfechtung in diese Gruppe), „in dem Zeitpunkte wirksam" wird, „in welchem sie ihm zugeht". Aber diese Regel ist nichts weniger als ausnahmslos; und wenn feststeht, daß in vielen Fällen die Wirksamkeit nicht schon mit dem Zugehen sondern erst mit dem Zurkenntnisgelangen beginnt, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch Ausnahmen nach der anderen Seite, Wirksamkeit vor dem Zugehen, Anerkennung finden sollten, da wo die Gesetzesworte dies ausdrücklich gebieten.

wo das Gesetz nur eine Bedingung der Gültigkeit nennt, besteht auch nur eine und darf keine zweite dazu erfunden werden.

Wer unverzüglich abgesandt hat kann darauf bestehen, daß seine Anfechtung als rechtzeitig abgesandt „gelte" d. i. rechtlich wirksam werde; der Richter darf nicht gegen den mit diesem Wortlaut fest gegebenen Sinn des Gesetzes erkennen.

Hierneben kommen Gruppen der Anzeigen (vergl. BGB. §§ 149, 478, 485, 663) und Gruppen der Androhungen (vergl. BGB. §§ 303, 384, 1220, 1234) in Betracht. Man hat den Anzeigen gelegentlich den Charakter der Willenserklärungen abgesprochen; mit Unrecht. Diese Anzeigen sind keine indifferenten Mitteilungen, sie haben feste Rechtsfolgen, die der Anzeigende kennt und will; sie sind also in Wirklichkeit durch die Angabe eines bestimmten Tatbestandes motivierte Willenserklärungen.

Noch mag eines anderen entfernt verwandten Ausnahmefalles gedacht werden. Hier handelt es sich um keine „einem Anderen gegenüber abzugebende Erklärung", zu deren Perfektwerden normalerweise ein Zurkenntnisgelangen gehört. Gleichwohl soll die „Auslobung" (vergl. § 657) ihre verbindliche Kraft auch demjenigen gegenüber beweisen, welcher „nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat".

Daß die Geltung einer Erklärung abhängig gemacht wird nicht von dem Ankommen sondern von der Absendung mag zunächst befremdlich erscheinen, kann aber dennoch auf sehr gutem Grunde beruhen. Die rechtlich wirksamen Tatbestände können von zweierlei Beschaffenheit sein, was besonders deutlich bei den obligatorisch geschuldeten Leistungen hervortritt, vom BGB. aber nicht genügend beachtet ist. Entweder es gehört zum Tatbestande die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges, erst mit seinem Eintritt ist geleistet, gezahlt; oder von dem Pflichtigen wird nur erfordert, daß er tue soviel an ihm, eine bestimmte Diligenz prästiere. So gibt es beispielsweise bei der

Actio aus einem Darlehn, im Gegensatze zu allen bonae fidei-Aktionen, und vielleicht noch anderen, keine erforderliche Diligenz, nur die bewirkte Zahlung befreit; daher auch keine „culpa quae veniat in hanc actionem“ nur „mora“, deren Verwirrung mit der „culpa“ ein modernes Versehen ist. Ueberall aber wo culpa zu prästieren ist, bewirkt eine diese ausschließende Diligenz des Schuldners dessen Befreiung, auch wenn der Gläubiger nichts erhält. Nun liegt aber durchaus kein Grund vor, diesen Gegensatz auf das Gebiet der geschuldeten Leistungen zu beschränken, auch draußen sind genug Fälle erfindlich, bei welchen Rechtsfolgen nicht an das Eintreten gewisser Erfolge, sondern an die ehrliche Bemühung der Beteiligten zur Herbeiführung des Erfolges anzuknüpfen ratsam erscheinen mag. Ganz besonders da, wo man wie bei Anzeigen und Androhungen (vergl. BGB. §§ 478, 485, 303, 384, 1220, 1234) auch sonst gewillt ist von dem normalen Tatbestande abzusehen, und einen anderen mit gleicher Wirksamkeit an seine Stelle treten zu lassen. — Die auf die Auslobung bezügliche Vorschrift beruht offenbar auf anderen Grundgedanken, und scheint vornehmlich geeignet, chikanöse Einwendungen des Auslobers abzuschneiden.

Nach alledem ergibt BGB. § 130 die Gliederung:

A. Willenserklärungen die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind;

B. Willenserklärungen „die einem anderen gegenüber abzugeben sind“, und zwar

a) solche deren Wirksamkeit nur eintreten kann, nachdem sie zur Kenntnis desjenigen gelangt sind, an den sie abgegeben worden,

b) solche deren Wirksamkeit nur ein „Zugehen“ erheischt,

c) solche die auch unzugegangen wirksam werden können.

Zu A gehören letztwillige Erklärungen, Stiftungsakte

unter Lebenden, Bekanntmachungen rc., doch könnte schon die genauere Abgrenzung, beispielsweise bei einigen der Erklärungen auf den Todesfall, Schwierigkeiten bereiten. Ebenso scheint fraglich, ob und welche Regeln für alle Geschäfte dieser Art aufzustellen wären, worauf aber hier nicht näher einzugehen ist. Aber auch ohne Beherrschung der Details wird man leicht zu dem Gefühl kommen, daß BGB. mit seiner Unterscheidung (von A und B) einen im Verkehrsleben bestehenden Gegensatz getroffen habe, der nur nicht mit den Ausdrücken „nicht empfangsbedürftig" und „empfangsbedürftig" bezeichnet werden darf, aus den bereits angegebenen Gründen. Eher ließen sich B, b und B, c als empfangsbedürftig und nicht empfangsbedürftig unterscheiden, wozu dann nach dem Vorbild Römischer Leges, B, a als „mehr denn empfangsbedürftige" Erklärungen hinzuzutreten hätten. Mein alter Vorschlag, alle Erklärungen unter B „Anerklärungen" zu nennen, hat wenig Beifall gefunden; ob die Bezeichnungen „adressierte" (für B) und „nicht adressierte" Erklärungen (für A) besser einschlagen werden, mag die Zukunft lehren.

Erst nachdem die vorstehenden Ausführungen bis hierhin gediehen den geplanten Abschluß erreicht hatten, ist mir Isays Abhandlung „Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht" (in dieser Z. 48, 187 f.) zu Gesicht gekommen. Weniger der Zusammenhang des Stoffes, der kein besonders enger ist[13]), als eine gewisse Uebereinstimmung der Tendenz, die ich kurz als ein Streben, durch das BGB. über das BGB. hinauszukommen, bezeichnen möchte, veranlaßt diesen Anhang.

Nach meiner Erinnerung war Brinz der erste, der im Hinblick so auf das Römische wie das Gemeine Recht, die

13) Vergl. aber das zu Anm. 4 Bemerkte.

Zahlbarkeit und die Erzwingbarkeit der Obligation scharf unterschieden hat. Seine späteren Versuche in das Wesen der römischen „obligatio" tiefer einzudringen sind weniger glücklich ausgefallen; beschränktes Quellenstudium in Verbindung mit naturrechtlicher Spekulation war nicht geeignet brauchbare Produkte zu schaffen, und Isay war voll befugt, der Brinzschen „Haftung" eingehende Berücksichtigung zu versagen.

Fassen wir den Gedankengang Isays kurz zusammen:

> Wir betrachten es heute als selbstverständlich, daß, wenn jemand etwas schuldet, er auch persönlich für die Erfüllung der Schuld haftet.
>
> Diese Auffassung selbst ist aber nichts weniger als selbstverständlich .... Das deutsche Recht hat vielmehr von jeher zwischen Schuld und Haftung, zwischen der Verpflichtung zur Leistung und dem Einstehen für die Erfüllung der Verpflichtung unterschieden.

Die Haftung konnte eine persönliche, oder eine Sachhaftung sein, die persönliche, Haftung des Schuldners oder eines Dritten. Im heutigen Recht enthält die Begründung des Schuldverhältnisses zugleich auch die Begründung der Haftung des Schuldners; aber damit ist doch der Unterschied von Schuld- und Haftungsverhältnis im modernen deutschen Rechte keineswegs ausgetilgt, wir haben Schuldverhältnisse ohne Haftung und Haftungsverhältnisse ohne Schuldverhältnis. Beispiele zu jenem, Schulden aus Spiel und Wette, aus dem Versprechen einer Belohnung für Ehevermittelung, aus Börsentermingeschäft, schließlich „alle Schuldverhältnisse nach der Verjährung des Anspruchs"; beizufügen wären noch gewesen unbedingt Schuld aus formlosem Schenkungsversprechen und bedingt aus formlos übernommener Bürgschaft. Die Eigenart der Haftungsverhältnisse aber tritt besonders da hervor, wo entweder Bürgschaft und Pfand für

zukünftige Forderungen bestellt sind, oder die Haftenden, Person oder Sache, Nichtschuldner sind.

Jeglichen Irrtum fernzuhalten, kehren wir nochmals zur Begriffsbestimmung zurück. Schuldverhältnis: Beziehung des A zum B, nach welcher B an den A leisten soll; im Begriffe dieses Sollens liegt seine Erzwingbarkeit nicht, ist aber aus dem BGB. nach der (nicht ausnahmelosen) Regel des BGB. die Begleiterin von diesem. Haftungsverhältnis: Beziehung von A zu einer anderen Person B, oder zu einer Sache F, die dem A Zwangsgewalt gegen B oder F verleiht, für B und F aber nicht eigentlich verpflichtend (ein Sollen begründend) wirkt. Und zwar besteht dies Sollen für F niemals, für B je nachdem. Wirksam kann jede Haftung nur werden, wenn sie neben einem bereits vorhandenen (nicht bloß zukünftigen) Schuldverhältnis steht; wo aber dieses der Fall ist, da liegt in der Haftung

nicht die Verpflichtung das zu leisten, was nach dem prinzipalen Schuldverhältnis zu leisten wäre,

wohl aber die Verpflichtung für die Leistung dieses prinzipal geschuldeten Etwas einzustehen, d. h.

entweder ein Geldäquivalent als Ersatz für die unterbleibende Leistung der Schuld selber zu leisten

oder einer Zwangsmaßregelung ausgesetzt zu sein, welche ohne Zutun des B den gleichen Betrag aus seinem Vermögen dem A zuführt.

Sind wir soweit einverstanden, so muß ich Isayn meine volle Anerkennung ebenso für die Klarlegung dieser Begriffe wie für den Nachweis aussprechen, daß beide, Schuldverhältnis wie Haftungsverhältnis, auch nach dem BGB. als Gebilde unseres Rechts bestehen. Ob sie als solche auch von den Entwurfskommissionen erkannt worden ist eine andere, schwerlich zu bejahende Frage; aber gerade in dieser Selbständigkeit gegen-

über den Irrlehren, die bei der Herstellung des BGB. mitgewirkt haben, sowie denjenigen, welche neu aus dem BGB. zu einer modernen „communis opinio doctorum“ zu erwachsen drohen, besteht das Verdienst Isays.

Dagegen vermag ich ein anderes Bedenken nicht zu unterdrücken. Er sagt (S. 188) von der modernen Rechtsauffassung, die wir kurz als ein Zusammenwirren der Schuldverhältnisse und der Haftungsverhältnisse bezeichnen wollen:

> das ältere deutsche Recht hat sie bis zuletzt nicht gehabt, und erst durch die Rezeption des römischen Rechts ist sie in das deutsche Rechtsleben eingeführt worden.

Wenn dies wahr ist, so hat die Schuld hieran sicherlich nicht im Römischen Rechte, sondern nur in den Mißverständnissen der Rezipienten gelegen. Denn dieser Gegensatz von Schuld und Haftung, in dem angegebenen Sinne, beherrscht geradezu das Römische Recht, und ist wohl in keinem anderen zu feineren Konsequenzen verarbeitet [14]).

Jede wirkliche „obligatio“ (die „naturalis obligatio“ ist keine solche) ist ein Haftungsverhältnis, dessen zwingende Kraft bei der Haftung der Person („obligatio“ schlechthin geheißen) auf einer „actio in personam“, bei der Haftung der Sache („obligatio rei“) auf der „A. pignoraticia in rem“ beruht. Solche Haftung entsteht gelegentlich wo noch gar kein Schuld-

---

14) Nur ein Beispiel. fr. 14 § 10 de furt:

Au pater, enius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur. et Julianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat: sicut, inquit, is qui pro eo, cui commodata res est fideiussit, non habet furti actionem. neque enim, inquit, is, cuiuscumque intererit rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit.

Die Verweigerung der Klage trotz vorhandenem Interesse beruht also lediglich darauf, daß der Nachsuchende zwar in einem Haftungs- aber keinem Schuldverhältnis steht.

verhältnis besteht (actio nascitur ex consensu, beispielsweise bei Mandat oder Sozietät im Augenblick des Abschlusses, oder „quasi ex contractu“ mit der Uebernahme der Vormundschaft). Aehnlich zeugt die Stipulation allemal Haftung, wohl in den seltensten Fällen zugleich mit einem Schuldverhältnis (Beispiel: Promissio donandi causa facta), häufig im Hinblick auf bereits bestehende (sei es daß für klaglose Schulden die erste actio geschaffen werden, sei es daß die neue actio sich neben oder an die Stelle einer älteren setzen soll), sehr oft aber auch um erst später erwachsende Schuldverhältnisse mit der wünschenswerten Erzwingbarkeit auszustatten (Beispiel: stipulationes praetoriae). Aus dem Wesen der Haftung erklären sich auch die gebräuchlichen Stipulationen, bei denen anscheinend kein eigenes Tun (Leistung) des Promittierenden in Aussicht gestellt wird: servum fugitivum non esse, rem non evinci etc., der Promittierende übernimmt ein Einstehen. Während der ganzen Zeit wo die condemnatio pecuniaria herrscht zwingt der Prozeß nur wenn eine „Pecunia certa“ in Frage steht, Realisierung der Schuld selber, sonst immer das haftungsmäßige Einstehen, Beschaffung des Geldäquivalents für die ausgefallene Schuldleistung.

Als Objekte der Haftung sind schon Personen und Sachen genannt; die Personen sind bald auch Objekte des Schuldverhältnisses, bald draußen stehende. Ebenso kann die Berechtigung aus dem Haftungsverhältnis bald dem Schuldgläubiger, bald einem Dritten (z. B. einem Adstipulator) zustehen. Dementsprechend unterscheidet der Sprachgebrauch: „reus credendi“ ist nur wem beide Berechtigungen zustehen („qui suo nomine agere potest“) — „reus debendi oder promittendi“ nur wer in Schuld und in Haftung steht („qui suo nomine tenetur“). Die Nicht-rei haften aus ausdrücklicher Haftungsübernahme, als Bürgen, oder ohne solche (Fälle der actiones

adiecticiae), zuweilen wo ein wirklicher Reus fehlt (Sklavenschulden, Bürgen, nachdem der Reus erblos verstorben), zuweilen auf den vollen Betrag der Schuld, zuweilen mit Einschränkung. Aus mehreren Haftungen oder Haftungsberechtigungen wegen gemeinsamer Schuldverhältnisse ergeben sich „duo pluresve rei debendi" („promittendi"), oder „duo pluresve rei credendi" („stipulandi") rc.

Die Frage, ob das Heranziehen derartiger historischer Reminiszenzen für das geltende Recht von Wert sein könnte, wird von Isay schwerlich aufgeworfen werden. Er selber bezieht sich auf das ältere deutsche Recht; anscheinend hat gerade diese Betrachtung ihn dahin geführt, den Verwandten der alten Gebilde im Recht der Gegenwart nachzuspüren. Mit gutem Erfolge, der aber doch einstweilen mehr theoretischer als praktischer Art ist: unmittelbar aus Isays Vortrag wird schwerlich ein konkreter Fall zu einer anderen Entscheidung gelangen als die er auch sonst gefunden hätte. Gleichwohl war der Vortragende sicher nicht gemeint nur die Theorie zu fördern: aber die praktischen Ergebnisse sollen aus dem jetzt Gegebenen erst noch herausgewickelt und ersponnen werden. Und für eben diese Arbeit muß die Vergleichung mit demjenigen Rechte, in welchem die praktischen Folgen der Gegenüberstellung von Haftung und Schuld bereits fertig entwickelt vorliegen, und das auf die Schuldverhältnislehre des BGB. zweifellos noch größeren Einfluß geübt hat, als alles was von älterem deutschen Rechte auf uns herübergekommen ist, den größten Nutzen gewähren. Nicht so, daß wir römische Entscheidungen einfach abschreiben und auf unsere Fälle übertragen dürften, denn zwischen den römischen und unseren heutigen auf das Obligationenrecht bezüglichen Grundanschauungen bestehen unverrückbare Verschiedenheiten, sondern so, wie Vergleichungen überall zu nützen pflegen, die Eigenart jedes Verglichenen zu erschauen und wo erforderlich weiterzubilden.

Kann sein, daß schon dieser Vorstoß Isays weiter trägt, als sein Urheber beabsichtigt hatte. Wird das römische Recht zur Unterstützung benutzt, so dürfte der nächste Erfolg der sein, daß die jetzt nach dem Vorgange Windscheids von vielen angenommene Identifizierung des modernen „Anspruchs" mit der römischen „actio" den Todesstoß erhält. Denn beide sind wesentlich verschieden voneinander: die „actio" allemal ein Haftung schaffendes Zwangsrecht, der „Anspruch" ohne korrespondierendes Leistensollen undenkbar, also schuldbegründend. Das verträgt sich sehr wohl damit, daß gar nicht selten unter der „actio" neben der Zwangskraft auch der durch diese geschützte Anspruch auf Leistung mitverstanden wird, und daß unser Anspruch regelmäßig aber nicht ausnahmelos mit Zwangskraft ausgestattet ist. Denn darin eben besteht der fundamentale Unterschied zwischen dem heutigen und dem klassischen römischen Rechte; bei uns ist die Verschmelzung von beiden, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis das Normale, bei den Römern aber die Trennung; bei uns ist der Anspruch an sich klagbar, bei den Römern nur wenn er als „res qua de agi possit" des Schutzes einer prinzipiell von ihm unterschiedenen „actio" sich zu erfreuen hat[15]).

Ist der Anspruch des BGB. erkannt als das was er wirklich ist, der mißlungene Versuch den Gebilden der Gegenwart aus falsch verstandenen Flicken der römischen Rechtslehre ein passend Gewand zu schneidern, so wird man auch vor dem „Schuldverhältnis" (des BGB.) und seiner „Leistung" nicht Halt machen können. Denn das „Schuldverhältnis" ist durchaus nicht immer das gleiche einfache Berechtigtsein „eine Leistung zu fordern", sondern besteht oft genug aus zwei Gliedern, einem Recht und einem Rechtsverhältnis. Nur das Recht geht auf eine echte, bestimmtes positives Tun des Pflichtigen erfordernde

15) Vergl. Z. f. Rgsch. 9, 366 f. Meine Aktionen 1, 15 durchgängig.

Leistung, nur dies ist Vermögensstück, fällt als solches mit in den Konkurs und unterliegt der Verjährung. Das andere Glied fordert zunächst nichts als ein gewisses Verhalten des Schuldners, das dieser ebenso durch positive Handlungen [16]) wie durch Unterlassungen verletzen kann, und erst mit der Verletzung entstehen hier Ansprüche auf echte Leistung, die nun auch zum Vermögen gehören und der Verjährung unterliegen [17]). Damit, daß man das Wort „Leistung" auf dem Prokrustesbett ausspannt, und verschiedene Dinge unter denselben Namen zwängt, lassen sich die in der Tat vorhandenen Verschiedenheiten nicht aus der Welt schaffen.

De his hactenus. Ueber die zuletzt berührten Fragen bei anderer Gelegenheit mehr. Als Lehrer des Gemeinen Rechts hatten wir uns gewöhnt, bei den rezipierten römischen Quellen einen Unterschied anzunehmen, und nur die in ihnen enthaltenen Rechtsgebote, nicht aber die bezeugten Meinungen der Juristen, die römische Doktrin, als für uns verbindlich zu betrachten. Aehnlich wird man wohl auch bald bei dem BGB. Gebote, die unantastbar sind [18]), und doktrinelle Auslassungen, die wir unbeachtet lassen dürfen [19]), einander gegenüberstellen.

16) Ueber die Miseren die der modernen Praxis aus der dem BGB. zu Grunde gelegten schiefen Auffassung dieser Verhältnisse erwachsen vergl. Lehmann, ArchCivPrax. 96, 60 f.

17) Ein gutes Beispiel hierzu bietet das oben besprochene Verhältnis des Gutsherrn zum Gutsverwalter. Daß dieser verwalte, und darum vieles tue was hierzu gehört und manches unterlasse, bildet den Inhalt des bleibenden Rechtsverhältnisses; dies kann aber als solches weder eingeklagt noch in den Konkurs gezogen werden. Anders, sobald der Verwalter Gelder eingenommen hat die an mich auszuzahlen wären, oder sich selber durch Verletzung der ihm obliegenden Sorgfalt, gleichviel ob durch Tun oder Unterlassen, mir zahlungspflichtig gemacht hätte.

18) Beispielsweise BGB. §§ 407 und 408.

19) Beispielsweise BGB. § 398.